

UiO : Det juridiske fakultet

Anvendelsen av konkurranseloven § 10 på anbuds- og prosjektsamarbeid

Kandidatnummer: 566

Leveringsfrist: 25. april 2014

Antall ord: 17 427



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Metode, kilder og avgrensning	2
1.3	Videre fremstilling	4
2	ANBUDS- OG PROSJEKTSAMARBEID – FAKTISKE OG ØKONOMISKE SIDER.....	6
2.1	Innledning	6
2.2	Hva menes med anbuds- og prosjektsamarbeid	6
2.3	Økonomiske virkninger av anbuds- og prosjektsamarbeid	7
2.3.1	Oversikt	7
2.3.2	Inngivelse av ett felles anbud	8
2.3.3	Inngivelse av flere separate anbud	9
2.3.4	Avståelse fra å inngi anbud	10
3	PRESENTASJON AV FORBUDET MOT KONKURRANSEBEGRENSENDE SAMARBEID.....	11
3.1	Innledning	11
3.2	Foretakskriteriet	11
3.3	Samarbeidskriteriet	12
3.4	Konkurransebegrensningskriteriet	14
3.4.1	Oversikt	14
3.4.2	Konkurransebegrensende formål	15
3.4.3	Konkurransebegrensende virkning	18
3.4.4	Merkbarhetskriteriet	20
3.5	Konkurranseloven § 10 (3)	21
4	RETTLIG ANALYSE AV ANBUDS- OG PROSJEKTSAMARBEID – OVERSIKT	23
5	VURDERINGEN AV OM FORETAK ER KONKURRENTER	24

6	ANBUDS- OG PROSJEKTSAMARBEID - KONKURRANSEBEGRENSENDE FORMÅL	27
6.1	Oversikt	27
6.2	Samarbeid mellom konkurrenter	27
6.2.1	Oversikt	27
6.2.2	Inngivelse av ett felles anbud	28
6.2.3	Inngivelse av flere separate anbud	32
6.2.3.1	Oversikt	32
6.2.3.2	Alle foretak har mulighet til å fullføre prosjektet på egenhånd	32
6.2.3.3	Ingen av foretakene har mulighet til å fullføre prosjektet på egenhånd	37
6.2.3.4	Ett av foretakene har mulighet til å fullføre prosjektet på egenhånd	38
6.2.4	Avståelse fra å inngi anbud	39
6.3	Samarbeid mellom foretak som ikke er konkurrenter	39
6.3.1	Oversikt	39
6.3.2	Inngivelse av ett felles anbud	40
6.3.2.1	Oversikt	40
6.3.2.2	Ingen av foretakene har mulighet til å fullføre prosjektet på egenhånd	40
6.3.2.3	Ett av foretakene har mulighet til å fullføre prosjektet på egenhånd	41
7	ANBUDS- OG PROSJEKTSAMARBEID - KONKURRANSEBEGRENSENDE VIRKNING	43
7.1	Oversikt	43
7.2	Samarbeid mellom konkurrenter	44
7.2.1	Oversikt	44
7.2.2	Inngivelse av ett felles anbud	44
7.2.3	Inngivelse av flere separate anbud	46
7.2.3.1	Oversikt	46
7.2.3.2	Alle foretak har mulighet til å fullføre prosjektet på egenhånd	46
7.2.3.3	Ingen av foretakene har mulighet til å fullføre prosjektet på egenhånd	47
7.2.3.4	Ett av foretakene har mulighet til å fullføre prosjektet på egenhånd	48

7.3	Samarbeid mellom foretak som ikke er konkurrenter	49
7.3.1	Oversikt	49
7.3.2	Inngivelse av ett felles anbud	49
7.3.2.1	Oversikt	49
7.3.2.2	Ingen av foretakene har mulighet til å fullføre prosjektet på egenhånd	49
7.3.2.3	Ett av foretakene har mulighet til å fullføre prosjektet på egenhånd	50
8	MERKBARHETSKRITERIET	52
9	KONKURRANSELOVEN § 10 (3).....	54
10	AVSLUTNING.....	57
11	KILDELISTE.....	59

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for oppgaven er reglene om anbuds- og prosjektsamarbeid, slik disse går frem av konkurranseloven § 10.¹ Konkurranseloven § 10 (1) slår fast at konkurransebegrensende samarbeid er forbudt. I forbindelse med inngivelse av tilbud i anbudskonkurranser, kan det være behov for samarbeid mellom ulike foretak. Med anbudssamarbeid tenkes det på foretak som samarbeider ved inngivelse av anbud. Med prosjektsamarbeid tenkes det på samarbeid om gjennomføring av et enkeltprosjekt.

Anbuds- og prosjektsamarbeid vil kunne ha flere ulike, økonomiske virkninger på konkurransen. Avhengig av hvilket typetilfelle samarbeid en står overfor, samt innholdet i samarbeidet, vil et samarbeid kunne virke både negativt og positivt. Et samarbeid kan foregå mellom foretak som er konkurrenter eller mellom foretak som ikke er konkurrenter. Samarbeidet kan resultere i at foretakene inngir ett, felles tilbud i en anbudskonkurranse, eller det kan resultere i at det inngis flere, separate tilbud. Et samarbeid kan også føre til at foretak lar være å inngi tilbud i en anbudskonkurranse. Innbakt i slike samarbeider kan det være elementer av informasjonsutveksling, prissamarbeid, deling av markeder eller produksjonsbegrensninger.² Resultatet av samarbeidet vil da kunne være høyere pris, dårligere kvalitet, eller kanskje lengre gjennomføringstid. På den andre siden vil et samarbeid kunne være nødvendig for at et foretak skal være i stand til å legge inn tilbud i en anbudskonkurranse. Slik kan et samarbeid bidra til økt konkurranse.³ Dessuten kan et samarbeid ha effektivitetsgevinster som gjør at et prosjekt blir billigere, raskere ferdig eller har høyere kvalitet enn hva som ville ha vært tilfellet uten samarbeidet.

¹ Lov 5 mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven).

² Konkurransetilsynets utkast til veiledning om prosjektsamarbeid (2012) avsnitt 11.

³ Konkurransetilsynets veiledning om prosjektsamarbeid (2014) avsnitt 12.

Anbuds- og prosjektsamarbeid er et aktuelt tema, som har fått mye oppmerksomhet opp gjennom årene. Konkurranseloven av 1993 hadde egne regler om slikt samarbeid,⁴ mens man i någjeldende konkurranselov må vurdere lovligheten av anbuds- og prosjektsamarbeid opp mot den generelle regelen i § 10. Det har vært usikkerhet både hos foretakene og i juristverdenen om hvordan reglene om anbuds- og prosjektsamarbeid er å forstå. Dersom konkurransemyndighetene finner at konkurranse-loven er overtrådt, kan det få store konsekvenser for de samarbeidende aktører, som vil kunne bli møtt med overtredelsesgebyr, straff og erstatningsansvar. Tvil om hvorvidt et foretak overholder konkurranse-loven, kan dessuten få stor betydning for et foretaks omdømme. Det sier seg dermed selv at det er viktig for foretakene og deres rettslige veiledere å ha oversikt over hvordan reglene om anbuds- og prosjektsamarbeid er å forstå. Konkurransetilsynet utarbeidet derfor en generell veiledning om anbuds- og prosjektsamarbeid i 2008.⁵ Men også i etterkant av veiledningen fra 2008 har det hersket tvil om lovligheten av anbuds- og prosjektsamarbeid. Derfor kom Konkurransetilsynet med en ny og endret veiledning, som ble publisert på tilsynets hjemmesider 24. februar 2014.⁶ Konkurransetilsynet har i tillegg fattet en rekke vedtak i saker om anbuds- og prosjektsamarbeid. Flere av disse sakene har vært oppe for norske domstoler, og selv i dag finnes det saker som verserer i domstolene. Det viser at anbuds- og prosjektsamarbeid stadig er et aktuelt tema og at siste ord om lovligheten av slike samarbeider neppe er sagt.

Problemstillingen vil i det følgende være hvordan konkurranse-loven § 10 skal tolkes og anvendes på ulike former for anbuds- og prosjektsamarbeid. I den sammenheng vil særlig vurderingen av hvorvidt et samarbeid finnes å ha til formål eller virkning å begrense konkurransen, være relevant.

1.2 Metode, kilder og avgrensning

I dette punktet vil metoden som brukes for å besvare oppgavens problemstilling bli presentert. Samtidig vil de kildene som benyttes i fremstillingen bli fremlagt.

⁴ Lov 11 juni 1993 nr. 65 om konkurranse i ervervsvirksomhet (Konkurranse-loven 1993), §§ 3-2, 3-5 [opphevet].

⁵ Konkurransetilsynets veiledning om anbuds- og prosjektsamarbeid (2008).

⁶ Konkurransetilsynets veiledning om prosjektsamarbeid (2014).

I kapittel 2 vil det først bli en presentasjon av forskjellige former for anbuds- og prosjektsamarbeid, samt de ulike virkninger slikt samarbeid kan ha på konkurransen. I den sammenheng vil det særlig ses hen til økonomisk teori.

For å vurdere lovligheten av ulike former for anbuds- og prosjektsamarbeid, må konkurranseloven § 10 tolkes og anvendes. Det vil derfor i fremstillingens kapittel 3 bli en presentasjon av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid. Ordlyden i konkurranseloven § 10 gir liten veiledning om vurderingen av anbuds- og prosjektsamarbeid. Forarbeidene til konkurranseloven er i denne sammenheng knappe. Norsk rettspraksis bidrar heller ikke til særlig klargjøring. Konkurranseloven § 10 er harmonisert med EØS-avtalen⁷ art 53 og med TEUF⁸ art 101, som har tilnærmet identisk ordlyd. Det går klart frem av forarbeidene til konkurranseloven og norsk rettspraksis, at EØS-avtalen art 53 og TEUF art 101, vil være relevante tolkningsmomenter ved fastsettelsen av rekkevidden av de norske konkurransereglene. Rettspraksis fra EU og EØS må veie tungt.⁹ Ved presentasjonen av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i kapittel 3, vil derfor rettspraksis fra EU- og EØS-rettslige organer, og da særlig EU-domstolen, bli brukt til å forklare og presisere vilkårene forbudet oppstiller.¹⁰ Denne praksisen sier ikke mye om anbuds- og prosjektsamarbeid spesielt, men har generelle betraktninger om forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid, samt viktige sondringer om skillet mellom samarbeider med konkurransebegrensende formål og samarbeider med konkurransebegrensende virkning. Dette skillet er av stor betydning for anvendelsen av konkurranseloven § 10 på anbuds- og prosjektsamarbeid.

I fremstillingens kapittel 4 til 9 vil de ulike former for anbuds- og prosjektsamarbeid bli holdt opp mot konkurranseloven § 10. Fremstillingens kapittel 4 til 9 vil således bli en sammenstilling av kapittel 2 og kapittel 3. Vedtak fra Konkurransetilsynet, samt avgjørelser fra norske

⁷ Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde. Inn tatt i Lov 27 nov 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).

⁸ Traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (2008).

⁹ Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 68, Rt-2012-1556 avsnitt 27.

¹⁰ Hva gjelder avgjørelser fra EU-domstolen, som tidligere het EF-domstolen, vil alle avgjørelser derfra, for enkelthets skyld, bli betegnet som avgjørelser fra EU-domstolen, uavhengig av om avgjørelsen er fra før navneskiftet eller ei.

domstoler, vil i tillegg til praksis fra EU- og EØS-rettslige organer, bli brukt til å klargjøre hvordan konkurranseloven § 10 skal tolkes og anvendes på ulike former for anbuds- og prosjektsamarbeid.

Konkurranseloven har en formålsbestemmelse i § 1. Det overordnede målet med konkurranse-loven er å bidra til effektiv ressursbruk. Med dette legger formålsbestemmelsen ”en mål-middel-analyse til grunn, der effektiv ressursbruk utpekes som lovens overordnede målsetning og konkurranse som virkemiddel for å nå dette målet”.¹¹ Formålsbestemmelsen legger føring-er på anvendelsen av konkurranseloven § 10, og vil gjennom hele denne fremstillingen ligge til grunn for de vurderinger som gjøres.

Gjennomgående for hele fremstillingen vil også *Europakommisjonens retningslinjer for anvendelsen av TEUF art 101 på avtaler om horisontalt samarbeid* være, samt øvrige retningslinjer utarbeidet av Kommisjonen.¹² Retningslinjene er ikke rettslig bindende, men vil si noe om hvordan Kommisjonen anvender konkurransereglene. Videre vil det også ses hen til diverse veiledninger utarbeidet av Konkurransetilsynet, og da særlig *Veiledning om prosjektsamarbeid* som ble publisert i februar 2014. Heller ikke disse veiledningene er rettslig bindende, men klargjør Konkurransetilsynets forståelse av konkurranseloven § 10, og må kunne sies å være retningsgivende for hvordan tilsynet vil opptre i praksis.

Samarbeid i anbudskonkurranser har også en side til anskaffelsesretten. I denne fremstillingen vil uttrykket ”anbudskonkurranse” bli brukt ikke bare om formaliserte anskaffelsesprosedyrer, men om enhver form for tilbudsinnhenting.¹³ Prosessen ved formaliserte anskaffelsesprosedyrer anses å falle utenfor oppgavens tema og vil derfor ikke bli behandlet i det følgende.

1.3 Videre fremstilling

Det finnes en rekke ulike former for anbuds- og prosjektsamarbeid, som igjen kan ha ulike virkninger på konkurransen. Hvordan konkurranseloven § 10 skal tolkes og anvendes på ulike

¹¹ Kolstad (2008) note 6.

¹² ESA har kommet med tilsvarende veiledninger som Kommisjonen. For enkelhets skyld vil det i det følgende kun henvises til Kommisjonens retningslinjer.

¹³ Se som eksempel tilbudsinnhenting i Konkurransetilsynets vedtak V2011-11 Icopal-Fløysland.

former for samarbeid, avhenger blant annet av hvilket typetilfelle av samarbeid en står overfor, samt innholdet i samarbeidet. Fremstillingen vil derfor i kapittel 2 starte med å ta utgangspunkt i faktiske og økonomiske sider av anbuds- og prosjektsamarbeid.

Lovligheten av et anbuds- og prosjektsamarbeid vil måtte vurderes med grunnlag i konkurranseloven § 10. I kapittel 3 vil det derfor bli en presentasjon av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid. Her vil vilkårene i bestemmelsen bli gjennomgått, med særlig fokus på konkurransebegrensningskriteriet.

I kapittel 4 til 9 kommer fremstillingens hoveddel. De ulike former for anbuds- og prosjektsamarbeid vil bli holdt opp mot de generelle prinsippene i konkurranseloven § 10. Føringerne for anvendelsen av konkurranseloven § 10, slik disse kommer til uttrykk i fremstillingens kapittel 3, vil bli brukt som et analyseverktøy for å finne ut av hvordan konkurranseloven § 10 skal tolkes og anvendes på ulike former for anbuds- og prosjektsamarbeid.

Endelig er det i kapittel 10 avsluttende bemerkninger.

2 Anbuds- og prosjektsamarbeid – faktiske og økonomiske sider

2.1 Innledning

Dette kapittelet handler om de faktiske og økonomiske sidene ved anbuds- og prosjektsamarbeid.

I punkt 2.1 vil det bli en presentasjon av hva anbuds- og prosjektsamarbeid er rent faktisk. Deretter vil mulige økonomiske virkninger av anbuds- og prosjektsamarbeid bli fremlagt i punkt 2.3. Både de negative og de positive sidene av slikt samarbeid vil bli forsøkt nærmere belyst. I hvilken grad et samarbeid har negative eller positive virkninger på konkurransen, avhenger blant annet av hvilket typetilfelle samarbeid en står overfor. Det er derfor hensiktsmessig å skille mellom ulike former for samarbeid.

2.2 Hva menes med anbuds- og prosjektsamarbeid

Meningen med en anbudskonkurranse er å fremme konkurranse mellom foretakene, for derigjennom å oppnå effektiv ressursbruk.¹⁴ Anbudsutlyser ønsker en tjeneste utført på best mulig måte, med hensyn til pris, kvalitet og tidsbruk. For at konkurransen i markedet skal fungere effektivt, må det være usikkerhet mellom konkurrentene om hverandres trekk.¹⁵ Foretakene må opptre uavhengig av hverandre. Likevel er det i mange sammenhenger et behov for at foretakene slår seg sammen i et samarbeid.

Et anbudssamarbeid innebærer at to eller flere foretak samarbeider ved inngivelse av tilbud i en anbudskonkurranse.¹⁶ Slikt samarbeid kan foregå på mange forskjellige måter. Samarbeidet kan skje både mellom foretak som er konkurrenter, og mellom foretak som ikke er konkurrenter. Et samarbeid kan dessuten føre til at det inngis ett, felles tilbud, eller flere, separate tilbud. Et samarbeid kan også være bakgrunnen for en unnlattelse av å delta i en anbudskonkurranse. Videre kan et samarbeid foregå enten skjult eller åpent. I denne fremstillingen vil

¹⁴ Se for eksempel anskaffelsesloven § 1.

¹⁵ Hjelmeng, Gabrielsen (2011) s. 24.

¹⁶ Konkurransetilsynets vedtak V2011-12 Ski og Follo Taxi, avsnitt 79.

uttrykket ”anbudssamarbeid” bli brukt om enhver form for samarbeid i forbindelse med inngivelse av tilbud i en anbudskonkurranse.

Med prosjektsamarbeid menes i denne fremstillingen samarbeid mellom selvstendige foretak om gjennomføringen av et enkeltprosjekt, innenfor en avgrenset tidsperiode.¹⁷ Dermed avgrenser uttrykket ”prosjektsamarbeid” mot løpende og mer varige samarbeider. Prosjektsamarbeid kan foregå på ulike måter. Slikt samarbeid kan foregå i en anbudssprosess, og dermed være en form for anbudssamarbeid, gjennom for eksempel avtaler om bruk av felles ressurser eller avtaler om underleveranser i forkant av en anbudskonkurranse. Men prosjektsamarbeid kan også skje helt løsrevet fra en anbudssprosess. For eksempel kan et prosjektsamarbeid foregå i etterkant av en anbudskonkurranse, eller i et prosjekt som foretakene på egenhånd har initiert. Denne fremstillingen vil fokusere på prosjektsamarbeid i anbudssammenheng.

2.3 Økonomiske virkninger av anbuds- og prosjektsamarbeid

2.3.1 Oversikt

I dette punktet vil det bli redegjort for ulike, økonomiske virkninger av anbuds- og prosjektsamarbeid. Anbuds- og prosjektsamarbeid kan både tenkes å ha negative og positive virkninger på konkurransen. I hvilken grad et samarbeid er positivt eller negativt for konkurransen, beror på hvilken type samarbeid en står overfor, men også på hva samarbeidet består i.

I det følgende vil det først ses hen til de tilfeller hvor det basert på et samarbeid inngis ett, felles tilbud i en anbudskonkurranse, og deretter til de tilfeller hvor det inngis flere, separate tilbud.¹⁸ Til slutt vil det ses hen til samarbeider som fører til at et foretak avstår fra å inngi tilbud. Denne strukturen er hensiktsmessig for å få belyst ulike former for anbuds- og prosjektsamarbeid på en ryddig og grundig måte. Den samme strukturen vil bli forsøkt videreført

¹⁷ Fremstillingens definisjon av prosjektsamarbeid samsvarer med Konkurransetilsynets definisjon av begrepet. Se Konkurransetilsynets veiledning om prosjektsamarbeid (2014) avsnitt 8.

¹⁸ Strukturen som er valgt for fremleggelsen av de ulike former for samarbeid er inspirert av Konkurransetilsynets *Veiledning om prosjektsamarbeid* fra 2014 som ser ut til å være basert på en juridisk/økonomisk utredning som Hjelmeng og Staahl Gabrielsen gjorde i 2011 på forespørsel fra Konkurransetilsynet.

i kapittel 4 til 9, hvor de rettslige betydninger av anbuds- og prosjektsamarbeid vil bli nærmere analysert.

2.3.2 Inngivelse av ett felles anbud

Et prosjektsamarbeid i forbindelse med en anbudsprosess kan resultere i at de samarbeidende foretak inngir ett, felles tilbud i en anbudskonkurranse. Situasjonen kan være at samtlige foretak i samarbeidet har mulighet til å fullføre prosjektet på egenhånd, men inngår samarbeid og leverer inn ett, felles anbud. Videre kan et samarbeid som resulterer i ett, felles bud, bygge på at ingen av foretakene i samarbeidet har mulighet til å fullføre prosjektet på egenhånd. Endelig kan situasjonen være at ett av foretakene i et samarbeid er i stand til å fullføre prosjektet på egenhånd, mens et annet foretak i samarbeidet ikke er i stand til det.

Dersom det basert på et samarbeid leveres inn ett, felles tilbud i en anbudskonkurranse, fra foretak som i utgangspunktet har mulighet til å legge in tilbud på egenhånd, vil antallet tilbydere i anbudskonkurransen reduseres. Det vil kunne være negativt for konkurransen. Antallet tilbud vil da reduseres uavhengig av om samarbeidet foregår skjult eller åpent.

Et annet problem i forbindelse med inngivelse av felles anbud, er at det nødvendigvis må utveksles informasjon. Informasjonsutveksling kan være uheldig for konkurransen. Utveksling av konkurranserelevante opplysninger gjør at aktørene kan rette seg etter hverandres markedsatferd og oppnå en høyere pris på prosjektet enn hva som ville ha vært tilfellet uten informasjonsutvekslingen.

Men et samarbeid som resulterer i inngivelse av felles anbud vil også kunne ha positive effekter på konkurransen. Hvor foretakene ikke på egenhånd har anledning til å gjennomføre et prosjekt, vil et samarbeid kunne muliggjøre inngivelse av tilbud i en anbudskonkurranse. Kanskje ville anbudsutlyser uten samarbeidet ikke ha fått inn noen tilbud i det hele tatt. Slik kan et samarbeid føre til at det blir en ekstra konkurrent i markedet. På denne måten vil anbuds- og prosjektsamarbeid kunne være svært positivt for små og mellomstore foretak, samt nyetablerte foretak. Noen anbudskonkurranser er utformet slik at de favoriserer de store og etablerte foretakene. Mange prosjekter krever meget store ressurser, slik at det for enkelte foretak ikke vil være reelt å inngi tilbud i en anbudskonkurranse på egenhånd. For at mindre foretak skal kunne være reelle konkurrenter, vil det i mange sammenhenger være nødvendig

med inngåelse av samarbeid. At flere foretak etablerer seg i markedet er positivt for konkurransen. Dessuten vil et samarbeid mellom mindre foretak kunne svekke en større, dominerende aktør, noe som også vil kunne være positivt for konkurransen.

Videre vil man gjennom et samarbeid som resulterer i ett, felles anbud kunne oppnå effektivitetsgevinster. Stordriftsfordeler vil for eksempel kunne føre til at produksjonskostnadene blir lavere dersom to foretak går sammen om å produsere en vare, enn om de produserer på egenhånd. På samme måte vil også distribusjonskostnadene kunne bli lavere dersom to foretak har felles distribusjon. Produksjon og distribusjon vil dessuten kunne skje raskere og bedre. Slike effektivitetsgevinster kan komme anbudsutlyser til gode i form av lavere pris, høyere kvalitet og raskere gjennomføringstid.

2.3.3 Inngivelse av flere separate anbud

Et samarbeid mellom foretak kan i stedet for å føre til at det inngis ett, felles anbud, generere flere anbud. Situasjonen kan være at samtlige foretak i samarbeidet har mulighet til å fullføre prosjektet på egenhånd, men inngår et samarbeid som resulterer i flere anbud, for eksempel basert på ensidige eller gjensidige underleveranseavtaler. Situasjonen kan også være at ingen av foretakene har mulighet til å fullføre prosjektet på egenhånd, men samarbeider og inngir hver sine anbud, basert på gjensidige underleveranseavtaler. Endelig kan situasjonen være at ett av foretakene har mulighet til å fullføre prosjektet på egenhånd, mens et annet foretak ikke har mulighet til det. Begge leverer inn anbud. Den ene inngir for eksempel et selvstendig anbud, mens den andre inngir et anbud basert på underleveranser fra den første.

Dersom foretakene blir enige om å inngi fiktive bud, vil det ha svært negative virkninger på konkurransen.¹⁹ Det samme vil et anbudssamarbeid som i realiteten er organisert som et prissamarbeid være. Anbudsutlyser vil i disse tilfellene ikke oppnå fordelene en anbudskonkurranse optimalt sett skal gi, nemlig best mulig pris, kvalitet og gjennomføringstid. Når det er tale om fiktive bud og prissamarbeid, vil samarbeidet vanskelig kunne sies å ha effektivitetsgevinster, da det ved slikt samarbeid normalt ikke foregår noen form for ressursintegrasjon mellom foretakene.

¹⁹ Konkurransetilsynets veiledning om prosjektsamarbeid (2014) avsnitt 13.

Dessuten vil et samarbeid, selv om det resulterer i egne, separate anbud, nødvendiggjøre utveksling av informasjon. Avhengig av hvor konkurranserelevante de opplysninger som utveksles er, vil informasjonsutvekslingen kunne ha negative virkninger på konkurransen. Informasjonsutvekslingen vil kunne føre til at foretakene tilpasser seg hverandres opptreden i markedet. Det vil kunne gi høyere pris, dårligere kvalitet eller lengre gjennomføringstid.

Et samarbeid som resulterer i at foretakene inngir separate bud vil også kunne ha positive virkninger på konkurransen. Dersom aktørene ikke på egenhånd har anledning til å inngi tilbud i en anbudskonkurranse, kan et samarbeid gjøre at foretakene får mulighet til å delta. Dermed får anbudskonkurranse to ekstra tilbydere. Det vil kunne være positivt for konkurransen med flere deltakere, særlig dersom budene som kommer inn er konkurransedyktige.

Uavhengig av om foretakene på egenhånd kan inngi eget tilbud i en anbudskonkurranse, vil et samarbeid som resulterer i flere anbud dessuten kunne tenkes å ha positive virkninger på konkurransen i form av effektivitetsgevinster. Samarbeidende foretak vil for eksempel kunne oppnå stordriftsfordeler gjennom felles produksjon eller distribusjon. Stordriftsfordeler vil kunne føre til lavere pris, høyere kvalitet og raskere gjennomføring av prosjektet.

2.3.4 Avståelse fra å inngi anbud

Et samarbeid mellom foretak kan i stedet for å føre til at det inngis tilbud i en anbudskonkurranse, føre til at foretak avstår fra å inngi tilbud. De samarbeidende foretak kan for eksempel ha fordelt anbud mellom seg eller ha blitt enige om at det skal gis kompensasjon til foretak som ikke deltar i anbudskonkurranse. Et slikt samarbeid vil føre til at antallet tilbydere reduseres og kan dermed ha negative virkninger på konkurransen i form av høyere pris og dårligere kvalitet. Det at et foretak avstår fra å inngi tilbud i en anbudskonkurranse vil neppe kunne sies å medføre effektivitetsgevinster.

3 Presentasjon av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid

3.1 Innledning

I dette kapitlet vil det bli en presentasjon av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid. Kapittel 3 er ment å bidra til den rettslige analysen av typetilfellene av anbuds- og prosjektsamarbeid, som vil bli lagt frem i oppgavens kapittel 4 til 9. For å avgjøre om et anbuds- og prosjektsamarbeid er lovlig, må samarbeidet vurderes opp mot konkurranseloven § 10. Bestemmelsen oppstiller fire kumulative vilkår, som alle må være oppfylt, for at forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid er overtrådt. I punkt 3.2 – 3.4 vil disse vilkårene bli presentert. I forbindelse med at oppgavens problemstilling relaterer seg mest til konkurransebegrensningskriteriet, vil vekten legges på vurderingen av om et samarbeid har til formål eller til virkning å begrense konkurransen. De øvrige vilkårene vil kun kort bli gjennomgått.

På nærmere bestemte vilkår oppstilt i konkurranseloven § 10 (3), vil et konkurransebegrensende samarbeid likevel kunne være tillatt. Dette vil kort bli omtalt i punkt 3.5.

Fremstillingen avgrenses mot sanksjoner for brudd på konkurranseloven. Det vil føre for langt å greie ut om de subjektive vilkår for skyld, beviskrav, utmåling av gebyrer og ansvarsfordeling. Disse temaene vil derfor ikke bli behandlet i det følgende.

3.2 Foretakskriteriet

Det første vilkåret som må være oppfylt for at det skal være tale om et konkurransebegrensende samarbeid, er at samarbeidet må skje mellom uavhengige ”foretak”.²⁰

Begrepet ”foretak” er definert i konkurranseloven § 2. Det følger av lovens ordlyd at det i utgangspunktet ikke skilles mellom offentlig og privat virksomhet. Offentlige foretak omfattes i den grad de driver ervervsvirksomhet, men ikke når de driver offentlig myndighetsut-

²⁰ Foretakskriteriet er typisk ikke særlig omtvistet ved anbuds- og prosjektsamarbeid. Se likevel Konkurransetilsynets vedtak V2008-1 Øre, nese, hals, punkt 6.1, hvor spørsmålet er fremme.

øvelse. Begrepet foretak er funksjonelt. Samme enhet kan i noen henseender være å anse som et foretak, og i andre henseender ikke. Det må ses hen til den konkrete aktiviteten.²¹

Det tilsvarende uttrykket til ”foretak”, ”undertakings”, er ikke direkte definert i EØS-avtalen eller TEUF.²² Uttrykket ”foretak” i konkurranseloven § 2 må likevel forstås i lys av EU- og EØS-relevante rettskilder.²³ Praksis fra EU-domstolen slår fast at ”foretak” er et vidt begrep, uavhengig av rettslig status.²⁴ Med det menes at det ikke er ”avgjørende om en enhet er å betrakte som et selvstendig rettssubjekt etter nasjonal lovgivning. Et ”foretak” kan være en person eller en juridisk person, men trenger ikke være det”.²⁵ Det avgjørende er om det drives økonomisk virksomhet, så som for eksempel salg av varer og tjenester.²⁶ Motivet behøver ikke å være profitt.²⁷

For at et samarbeid skal rammes av forbudet, må samarbeidet skje mellom kommersielt selvstendige foretak. Det følger av praksis fra EU-domstolen at et samarbeid mellom morselskap og datterselskap i samme konsern, ikke rammes av forbudet.²⁸

3.3 Samarbeidskriteriet

Det andre vilkåret som må være oppfylt for at det skal være tale om et konkurransebegrensende samarbeid, er at det må foreligge en ”avtale”, ”beslutning truffet av sammenslutninger av foretak” eller ”samordnet opptreden”. Samarbeidskriteriet definerer hvilke typer samarbeider som rammes av konkurranseloven § 10, og rammer altså tre typer samarbeid. De tre samarbeidsformene er alternative.

²¹ Sag C-49/07 Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) mod Elliniko Dimosio, premiss 25.

²² Men uttrykket er definert i protokoll 22 til EØS-avtalen, 3.12.2011, art 1, som ”any entity carrying out activities of a commercial or economic nature”.

²³ NOU 2003: 12 s. 62, Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 34.

²⁴ Sag C-41/90 Klaus Höfner og Fritz Elser mod Macrotron GmbH, premiss 21.

²⁵ Norsk konkurranserett (2007) s. 173.

²⁶ Sag C-180/98 og C-184/98 Pavel Pavlov m. fl. mod Sticing Pensioenfonds Medische Specialisten, premiss 75.

²⁷ Whish (2012) s. 86.

²⁸ Sag C-15/74 Centrafarm B. V. og Adriaan de Peijper mod Sterling Drug Inc., premiss 41, sag C-73/95 Viho Europe BV mod Kommissionen, premiss 53–55.

Den første typen samarbeid som rammes av konkurranseloven § 10 er ”avtale”. EU-domstolen har tolket avtalebegrepet vidt.²⁹ En avtale kan ”være skriftlig eller muntlig, uttrykkelig eller stilltiende”.³⁰ Overtredelser av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid er ikke begrenset til rettslig bindende avtaler.³¹ Dessuten vil en avsluttet avtale kunne rammes av konkurranseloven § 10, dersom den fortsetter å ha virkninger for hvordan partene opptrer i markedet, også etter termineringen.³² At en avtale gyldig kan inngås etter nasjonale regler har ingen innvirkning på vurderingen av om samarbeidet går klar av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid.³³

Den andre typen samarbeid som rammes av konkurranseloven § 10 er ”beslutning truffet av sammenslutninger av foretak”. Her tenkes det særlig på bransjeorganisasjoner. Ved å gjøre sammenslutninger av foretak til pliktsubjekter for forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid, sikrer man at sammenslutningene selv kan bli holdt ansvarlig for eventuelle overtredelser, og dermed for eksempel bli bøtelagt.³⁴

Den tredje typen samarbeid som rammes av konkurranseloven § 10 er ”samordnet opptreden”. Samordnet opptreden er en løse samarbeidsform enn ”avtale”, og angir en nedre terskel for når samarbeidskriteriet er oppfylt.³⁵ Vurderingen av om det foreligger samordnet opptreden er delt i to komponenter.³⁶ *Den første komponenten* er at det må foreligge noe som legger til rette for en koordinering. Det må dermed ha vært en ”direkte eller indirekte kontakt mellom foretakene”.³⁷ *Den andre komponenten* som må foreligge for at det skal være tale om samordnet opp-

²⁹ Sag C-41/69 ACF Chemiefarma N.V. mod Kommissionen, premiss 112.

³⁰ Norsk konkurranserett (2007) s. 229.

³¹ Whish (2012) s. 99.

³² Norsk konkurranserett (2007) s. 231.

³³ Sag C-43/82 og C-63/82 Vereniging ter Bevordering van het Vlaamse Boekwezen (VBVB) og Vereeniging ter Bevordering van de Belangen des Boekhandels (VBBB) mod Kommissionen, premiss 40.

³⁴ Whish (2012) s. 111. Se også TOSLO-2009-139595 .

³⁵ Forenede sager C-48/69 etc. Imperial Chemical Industries plc m. fl. mod Kommissionen, premiss 65, Norsk konkurranserett (2007) s. 232 .

³⁶ Sag C-172/80 Gerhard Züchner mod Bayerische Vereinsbank AG, premiss 12.

³⁷ Sag C-199/92 P Hüls AG mod Kommissionen, premiss 160, Konkurransetilsynets vedtak V2011-11 Icopal-Fløysland, avsnitt 76.

treden, er at det må være en felles forståelse mellom de involverte foretakene om å erstatte virksom konkurranse med samordning.³⁸ Det er tilstrekkelig at det foreligger en utveksling av informasjon som ved å fjerne usikkerheten i markedet, fører til at deltakerne tilpasser seg på en annen måte enn de ville ha gjort uten informasjonsutvekslingen.³⁹ En passiv mottaker av opplysninger anses å ha akseptert informasjonsutvekslingen, så lenge det ikke protesteres og gis klart uttrykk for at det ikke er ønskelig å motta slik informasjon.⁴⁰ Foretak må derfor passe seg for å delta i møter med konkurrenter, hvor fremtidige priser og kvantum diskuteres. Til og med informasjonsutveksling ved hjelp av tredjemann kan være tilstrekkelig til at forbudet er overtrådt.⁴¹ Informasjonsutvekslingens medium er dessuten ikke avgjørende for om det foreligger samordnet opptreden.⁴²

Hvor det foreligger samarbeid som inneholder elementer både av ”avtale” og av ”samordnet opptreden”, er det ikke nødvendig å klassifisere et forhold som enten en ”avtale” eller ”samordnet opptreden”.⁴³ Spesielt ved komplekse og langvarige samarbeid kan det være vanskelig å sette samarbeidet i bås.

3.4 Konkurransbegrensningskriteriet

3.4.1 Oversikt

Det tredje vilkåret som må være oppfylt for at det skal være tale om et konkurransebegrensende samarbeid, er at samarbeidet enten har til formål eller virkning å begrense konkurran-

³⁸ Forenede sager C-40/73 etc. Coöperatieve vereniging ”Suiker Unie” UA m. fl. mod Kommissionen, premiss 172-176, sag C-7/95 P John Deere mod Kommissionen, premiss 86.

³⁹ Norsk konkurranserett (2007) s. 235.

⁴⁰ Forenede sager T-25/95 etc. Cimenteries m. fl. mod Kommissionen, premiss 1849, Kommisjonens retningslinjer for horisontalt samarbeid, avsnitt 62.

⁴¹ Sag C-100-103/80 SA Musique Diffusion française (MDF) m.fl. mod Kommissionen, premiss 75.

⁴² Konkurransetilsynets vedtak V2011-11 Icopal-Fløysland, avsnitt 84.

⁴³ Forenede sager T-305/94 etc. Limburgse Vinyl Maatschappij m. flere mod Kommissionen, premiss 694 – 699.

sen.⁴⁴ Dette vilkåret kjennetegnes best som konkurransebegrensningskriteriet, og skiller ulovlige samarbeider fra tillatte samarbeider.

I konkurranseloven § 10 (1) bokstav a til e er det en oppramsing av samarbeider som vil rammes av forbudet. Det går frem av bestemmelsens ordlyd at denne oppramsingen er ikke uttømmende.

I det følgende vil det først ses hen til i hvilke tilfeller et samarbeid anses å ha til formål å begrense konkurransen, og deretter til i hvilke tilfeller det må foretas en konkret vurdering av om et samarbeid har konkurransebegrensende virkninger i markedet.

3.4.2 Konkurransbegrensende formål

Det går frem av konkurranselovens ordlyd at formål og virkning er alternative vilkår. Dersom et samarbeid finnes å ha til formål å begrense konkurransen, behøver det ikke å påvises at det har skjedd en konkurransebegrensende virkning i markedet.⁴⁵ Først dersom konkurransebegrensende formål ikke kan påvises, foretas en virkningsvurdering.⁴⁶

For å påvise at et samarbeid har konkurransebegrensende formål, starter man med å identifisere en avtale som ”en avtaletype som normalt anses å ha til formål en begrensning av konkurransen”.⁴⁷ Deretter må det foretas en viss vurdering av samarbeidets konkurransebegrensende karakter. EU-domstolen uttaler i GlaxoSmithKline at

⁴⁴ De tre formene for konkurransepåvirkning; ”hindre”, ”innskrenke” og ”vri” er alternative kriterier. Det har ikke vært vanlig å skille mellom disse tre kategoriene i avgjørelsen av om et samarbeid er konkurransebegrensende.

⁴⁵ Sag T-62/98 Volkswagen AG mod Kommissionen, premiss 178.

⁴⁶ Se Sag C-8/08 T-mobile T-Mobile Netherlands BV m. fl. mod Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, premiss 30, Sag 56-65 Société Technique Minière mod Maschinenbau Ulm GmbH, s. 216. Se også Sag C-32/11 Allianz Hungária Biztosító m. flere mod Gazdasági Versenyhivatal, premiss 46, hvor EU-domstolen ser ut til å ha et annet syn.

⁴⁷ Sag C-209/07 Competition Authority mod Beef Industry Development Society Ltd og Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd., premiss 24, Norsk konkurranserett (2007) s. 277.

*[...] det følger af fast retspraksis, at man ved vurderingen af en aftales konkurrencebegrænsende karakter navnlig skal forholde sig til rækkevidden af dens bestemmelser, til de formål, den tilsigter at opfylde, samt til den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori den indgår [...].*⁴⁸

Dermed må det ses hen til avtalens innhold og økonomiske kontekst, for å avgjøre hvorvidt et samarbeid har konkurransebegrensende formål. En analyse av konteksten kan både underbygge og tilbakevise at det foreligger et konkurransebegrensende formål.⁴⁹ I T-Mobile slås det fast at potensiell virkning på konkurransen er tilstrekkelig. Effekten av en overtredelse er bare relevant ved en eventuell utmåling av straff og erstatning.⁵⁰

Ordlyden ”formål” kan tyde på at partene må ha hatt til hensikt å begrense konkurransen. Slik er det ikke. Uttrykket ”formål” er her et objektivt begrep.⁵¹ Dermed er det ikke nødvendig å påvise at parternes subjektive hensikt er å begrense konkurransen. Likevel er det slått fast i GlaxoSmithKline at dersom et subjektivt formål først kan påvises, vil det kunne være relevant ved avgjørelsen av om et samarbeid har konkurransebegrensende formål:

*Selv om parternes hensigt ikke udgør et forhold, der er nødvendigt ved fastlæggelsen af en aftales restriktive karakter, er der dog intet, der forbyder Kommissionen eller Fællesskabets retsinstanser at tage denne hensigt i betragtning [...].*⁵²

Det følger av Consten & Grundig at forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid gjelder for alle konkurransebegrensende samarbeider, både horisontale og vertikale.⁵³ Med horisontalt

⁴⁸ Forenede sager C-501/06 P etc. GlaxoSmithKline Services Unlimited mod Kommissionen m. flere, premiss 58.

⁴⁹ TFOLL-2011-20508, side 16.

⁵⁰ Sag C-8/08 T-Mobile Netherlands BV m. fl. mod Raad vaan bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, premiss 31.

⁵¹ Sag C-8/08 T-Mobile Netherlands BV m. fl. mod Raad vaan bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, premiss 27.

⁵² Forenede sager C-501/06 P etc. GlaxoSmithKline Services Unlimited mod Kommissionen m. flere, premiss 58.

samarbeid menes samarbeid mellom foretak på samme omsetningstrinn, mens med vertikalt samarbeid menes samarbeid mellom foretak på forskjellige omsetningstrinn.⁵⁴ Både horisontale og vertikale avtaler kan ha konkurransebegrensende formål. Det uttales i Allianz at

*Selv om de vertikale aftaler således ofte af deres natur er mindre skadelige end de horisontale aftaler, kan de imidlertid under visse omstændigheder også medføre et særlig højt konkurrencebegrænsende potentiale.*⁵⁵

Horisontalt samarbeid med konkurransebegrensende formål omfatter typisk alvorlige former for samarbeid, så som prisfastsettelse, markedsdeling, produksjonsbegrensninger og informasjonsutveksling om relevante konkurranseparametre.⁵⁶ Vertikale samarbeider med konkurransebegrensende formål er særlig eksportforbud, avtaler om bindende videresalgspriser eller minimumspriser for videresalg.⁵⁷ Praksis viser at det er de mest alvorlige typer konkurransebegrensende samarbeid som har vært henført under alternativet ”formål”. Dette er avtaler som gjennomgående har alvorlige, negative virkninger på konkurransen.⁵⁸ Kommisjonen er av samme oppfatning,⁵⁹ og har uttalt at avtaler med konkurransebegrensende formål, er avtaler som ”ifølge selve deres natur er egnet til at begrense konkurransen i henhold til artikkel 101, stk. 1”.⁶⁰

⁵³ Forenede sager C-56/64 etc. *Établissements Consten S. à r. l. og Grundig Verkaufs-GMBH mod Kommissionen*, side 251.

⁵⁴ Norsk konkurranserett (2007) s. 230.

⁵⁵ Sag C-32/11 *Allianz Hungária Biztosító m. flere mod Gazdasági Versenyhivatal*, premiss 43.

⁵⁶ Forenede sager T-374/94 etc *European Night Services Ltd m. flere mod Kommissionen*, premiss 136, sag C-8/08 *T-Mobile Netherlands BV m. fl. mod Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, premiss 43.

⁵⁷ Sag 19/77 *Miller International Schallplatten GmbH mod Kommissionen*, premiss 7, 18, sag 161/84 *Pronuptia de Paris GmbH mod Schillgalis*, premiss 23, 25.

⁵⁸ Norsk konkurranserett (2007) s. 271.

⁵⁹ Kommisjonens retningslinjer for anvendelsen av art. 81 (3), avsnitt 23.

⁶⁰ Kommisjonens retningslinjer for horisontalt samarbeid, avsnitt 24.

3.4.3 Konkurransbegrensende virkning

Hvor et samarbeid ikke finnes å ha til formål å begrense konkurransen, må det undersøkes hvorvidt samarbeidet har faktiske eller potensielle⁶¹ konkurransbegrensende virkninger i markedet. Det er vanlig først å undersøke hvilke begrensninger avtalen legger på partene til å benytte de konkurranseparameterne de har til disposisjon og deretter undersøke hvilke virkninger begrensningene har i markedet, i forhold til tredjemenn.⁶² Dermed ses det både hen til begrensninger mellom partene og begrensninger av konkurransen i markedet.

Et samarbeid kan legge forskjellige begrensninger på partene. Det kan for eksempel være hvilken pris man skal ta, hvor stor avsetning man skal ha eller i hvilke markeder man skal operere. Det første leddet i analysen dreier seg altså om å identifisere hvilken type konkurransebegrensning det er tale om. Det er ikke gitt at begrensningen mellom partene har konkurransebegrensende virkning i markedet.

Neste ledd i analysen dreier seg om å ta stilling til hvorvidt begrensningen mellom partene har konkurransbegrensende virkninger i markedet. Det første man da må se hen til, er den kontekst avtalen skal fungere i, det relevante marked må defineres.⁶³ Det relevante marked er summen av produktmarkedet og det geografiske marked.⁶⁴ For å finne frem til det relevante marked, har det vært vanlig å foreta en analyse av etterspørernes og tilbydernes substitusjonsmuligheter.⁶⁵ Testen som foretas kalles SSNIP (small but significant non-transitory increase in price).⁶⁶ Ved å foreta en alminnelig markedsavgrensning finner man frem til hvem som er å anse som faktiske konkurrenter.⁶⁷ Med faktiske konkurrenter tenkes det på foretak som allerede er aktive på det relevante marked, eller innen svært kort tid har mulighet til å være aktiv på det relevante marked på grunn av substitusjon.

⁶¹ Sag C-7/95 P John Deere mod Kommissionen, premiss 77.

⁶² Norsk konkurranserett (2007) s. 277.

⁶³ Sag 23/67 S.A. Brasserie de Haecht mod Wilkin-Janssen, s. 423.

⁶⁴ Norsk konkurranserett (2007) s. 268.

⁶⁵ Sag 6-72 Continental Can Company Inc mod Kommissionen, premiss 32, Kommisjonens kunngjøring om avgrensning av det relevante marked, avsnitt 20.

⁶⁶ Whish (2012) s. 31, Kommisjonens kunngjøring om avgrensning av det relevante marked, avsnitt 17.

⁶⁷ Kommisjonens kunngjøring om avgrensning av det relevante marked, avsnitt 2.

Avgrensningen av det relevante marked vil måtte skje på en litt annen måte ved anbudskonkurranser, enn i en alminnelig markedssituasjon. I en anbudskonkurranse må produktmarkedet kunne sies å være det produkt tilbudsinnhenteren er ute etter, det være seg en vare eller en tjeneste. Det vil ofte ikke være nødvendig å se hen til nærliggende produkter, da anbudsutlyser normalt angir konkret hva han er ute etter. For å finne ut hva anbudsutlyser er ute etter, er det tilstrekkelig å se hen til anbudsinnbydelsen, hvor det prosjekt som er gjenstand for anbud defineres. Det geografiske markedet i en anbudskonkurranse er hvor tilbyderne må være lokalisert for å kunne levere anbud.⁶⁸ Konkurransetilsynet har uttalt at de som hovedregel vil legge til grunn at det relevante marked må avgrenses til selve konkurransen om de aktuelle prosjekt eller de aktuelle kontrakter.⁶⁹ Ved å foreta en markedsavgrensning med utgangspunkt i en anbudskonkurranse, finner en frem til hvem som er å anse som faktiske konkurrenter i det aktuelle prosjekt.

Etter å ha definert det relevante marked, er neste skritt for å vurdere konkurransebegrensende virkninger, å vurdere situasjonen i markedet med og uten samarbeidet.⁷⁰ Ved å sammenligne de to situasjonene, vil det være mulig å ta stilling til hvorvidt samarbeidet legger faktiske eller potensielle begrensninger på konkurransen.⁷¹ Typiske konkurransebegrensende virkninger av et samarbeid er for eksempel prisstigning, dårligere kvalitet, mindre utvalg og lengre gjennomføringstid.

EU-domstolen vil ikke nøye seg med å vurdere hvorvidt den eksisterende konkurransen vil bli berørt av samarbeidet. Også samarbeidets innvirkning på potensiell konkurranse må vurderes.⁷² Potensiell konkurranse er av betydning i virkningsvurderingen dersom det er en reell mulighet for at et foretak vil delta i det relevante marked.

⁶⁸ Oslo Economics (2012) s. 31.

⁶⁹ Konkurransetilsynets utkast til veiledning om prosjektsamarbeid (2012) avsnitt 38.

⁷⁰ Sag C-7/95 P John Deere mod Kommissionen, premiss 76.

⁷¹ Whish (2012) s. 127.

⁷² Forenede sager T-374/94 etc European Night Services Ltd m. flere mod Kommissionen, premiss 137.

3.4.4 Merkbarhetskriteriet

Det fjerde vilkåret som må være oppfylt for at det skal være tale om et konkurransebegrensende samarbeid, er at konkurransen begrenses merkbart. Merkbarhetskriteriet fremgår ikke direkte av ordlyden i konkurranseloven § 10. Men det fremgår av lovens forarbeider at et merkbarhetskrav, tilsvarende det som følger av EU- og EØS-retten, må komme til anvendelse også i norsk rett.⁷³ Merkbarhetskravet ble oppstilt av EU-domstolen i *Société Technique Minière*.⁷⁴ Bakgrunnen for kravet er en effektivitetsbetraktning. Merkbarhetskravet gjør at konkurransemyndighetene og domstolene kan konsentrere seg om håndhevelse av avtaler med merkbare skadevirkninger.⁷⁵ Vurderingen av om merkbarhetskravet er oppfylt, er en konkret helhetsvurdering hvor ”konkurransebegrensningens karakter, aktørenes størrelse og markedsforholdene vil være sentrale momenter”.⁷⁶

I *Völk* ble det slått fast at merkbarhetskravet også gjelder for avtaler med konkurransebegrensende formål.⁷⁷ Men det følger blant annet av *Expedia*, at om et samarbeid finnes å ha til formål å begrense konkurransen, er terskelen for at merkbarhetskravet er oppfylt lav.⁷⁸

Kommisjonen har utarbeidet et dokument kalt bagatellmeddelelsen, som ut fra markedsandelsterskler kvantifiserer hva som ikke utgjør en merkbar begrensning av konkurransen i henhold til TEUF art 101.⁷⁹ Samarbeid som bare har ubetydelig negativ virkning på konkurransen i markedet, rammes ikke av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid. Bagatellmeddelelsen kommer til anvendelse ved overtredelser som har konkurransebegrensende virkning, men er ikke anvendelig ved overtredelser med konkurransebegrensende formål.⁸⁰ Det er slått fast i *Expedia* at bagatellmeddelelsen ikke er bindende for medlemsstatene, men ment som en

⁷³ Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 225.

⁷⁴ Sag 56-65 *Société Technique Minière mod Maschinenbau Ulm GmbH*, s. 216.

⁷⁵ Norsk konkurranserett (2007) s. 288.

⁷⁶ NOU 2012:7 Mer effektiv konkurranselov s. 22.

⁷⁷ Sag 5-69 *Franz Völk mod Ets. J. Vervaecke SPRL*, s. 69.

⁷⁸ Sag C-226/11 *Expedia Inc. mod Autorité de la concurrence m. flere*, premiss 37; hvor samhandelskriteriet er oppfylt og man står overfor et samarbeid med konkurransebegrensende formål, er merkbarhetskravet automatisk oppfylt. Se også Whish (2012) s. 143.

⁷⁹ Kommisjonens bagatellmeddelelse (2001).

⁸⁰ Kommisjonens bagatellmeddelelse (2001) art. 11 nr.1.

veiledning for medlemsstatenes domstoler og myndigheter om merkbarhetskriteriet, ved anvendelsen av TEUF art 101.⁸¹

3.5 Konkurranseloven § 10 (3)

Dersom de positive virkningene av et konkurransebegrensende samarbeid oppveier skadevirkningene av redusert konkurranse, kan tiltaket gå klar av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid, med grunnlag i konkurranseeloven § 10 (3).⁸² En forutsetning for at konkurranseeloven § 10 (3) skal være anvendelig, er dermed at man står overfor et konkurransebegrensende samarbeid.

For at et konkurransebegrensende samarbeid skal kunne gjennomføres med grunnlag i konkurranseeloven § 10 (3), må fire kumulative vilkår være oppfylt. For det første må samarbeidet bidra ”til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling”. For det andre må samarbeidet sikre ”forbrukerne en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd”. For det tredje må ikke samarbeidet ”pålegge vedkommende foretak restriksjoner som ikke er absolutt nødvendige for å nå disse mål”. For det fjerde må partene gjennom samarbeidet ikke gis ”mulighet til å utelukke konkurranse for en vesentlig del av de varer det gjelder”. Det følger av EU-domstolens praksis at det er de samarbeidende parter som må godtgjøre at disse fire vilkårene er oppfylt.⁸³

Konkurranseeloven § 10 (3) må forstås i sammenheng med formålsbestemmelsen i konkurranseeloven § 1. Hvis effektiv bruk av samfunnets ressurser bedre kan skje ved samarbeid enn ved konkurranse, bør det kunne åpnes for samarbeid i slike tilfeller. I konkurranseeloven § 1 (2) slås det dessuten fast at ”[v]ed anvendelsen av denne lov skal det tas særlig hensyn til forbrukernes interesser”. Dette er også kommet til uttrykk i vilkårene i konkurranseeloven § 10 (3), ved at det stilles krav om at forbrukerne må sikres ”en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd”.

⁸¹ Sag C-226/11 Expedia Inc. mod Autorité de la concurrence m. flere, premiss 29.

⁸² Norsk konkurranseelov (2007) s. 259.

⁸³ Se f.eks. sag 42/84 Remia BV m. fl. mod Kommissionen, premiss 45.

Både avtaler som finnes å ha til formål å begrense konkurransen, og avtaler med konkurransebegrensende virkning, kan være lovlige med grunnlag i konkurranseloven § 10 (3). Det finnes ikke samarbeider som per definisjon ikke kan fritas etter bestemmelsens tredje ledd.⁸⁴ Men avtaler som har til formål å begrense konkurransen har ofte få positive virkninger. Det må godtgjøres betydelige gevinster for å oppveie de normalt store begrensningene slike samarbeider har.⁸⁵

Grupper av avtaler kan etter konkurranseloven § 10 (4) gå klar av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid. Dette skjer gjennom såkalte gruppefritak. Gruppefritak gis til avtaltypen som gjennomgående har effektivitetsgevinster som oppveier de begrensninger avtaltypen medfører.

⁸⁴ Sag T-17/93 Matra Hachette SA mod Kommissionen, premiss 85.

⁸⁵ Norsk konkurranserett (2007) s. 271.

4 Rettslig analyse av anbuds- og prosjektsamarbeid – oversikt

I det følgende vil det foretas en rettslig analyse av anbuds- og prosjektsamarbeid. For å finne ut av hvordan konkurranseloven § 10 skal tolkes og anvendes på ulike former for anbuds- og prosjektsamarbeid, vil ulike samarbeidsformer holdes opp mot konkurranseloven § 10. Anbuds- og prosjektsamarbeid kan som vist i kapittel 2 både ha positive og negative virkninger på konkurransen, avhengig av samarbeidets art og de faktiske forhold. Det må foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle av om forbudet er overtrådt. Konkurransetilsynet er ikke gitt adgang til å gjøre unntak fra loven gjennom dispensasjoner.⁸⁶

Fremstillingen vil fokusere på konkurransebegrensningskriteriet.⁸⁷ Den rettslige analysen av anbuds- og prosjektsamarbeid vil i kapittel 5 starte med en gjennomgang av vurderingen av om foretak er å anse som konkurrenter. Skillet mellom foretak som er konkurrenter og foretak som ikke er konkurrenter, er av betydning for hvordan konkurranseloven § 10 skal tolkes og anvendes på ulike former for anbuds- og prosjektsamarbeid.

Deretter vil de ulike former for samarbeid bli vurdert både under formålsalternativet og virkningsalternativet i konkurranseloven § 10. I kapittel 6 vil det bli en gjennomgang av samarbeider som har til formål å begrense konkurransen, og i kapittel 7 vil vurderingen av om et samarbeid har konkurransebegrensende virkninger bli fremlagt. Det vil skilles mellom samarbeider som skjer mellom konkurrenter, og samarbeider mellom foretak som ikke er konkurrenter. Videre vil det skilles mellom samarbeider som resulterer i ett, felles tilbud i en anbudskonkurranse og samarbeider som resulterer i flere, separate tilbud.

I kapittel 8 vil det bli en kort gjennomgang av merkbarhetskravet, særskilt for anbuds- og prosjektsamarbeid. Merkbarhetskravet vil bli gjennomgått felles for samarbeider som har til formål og til virkning å begrense konkurransen. Endelig vil konkurranseloven § 10 (3) kort bli omtalt i kapittel 9.

⁸⁶ Konkurransetilsynets veiledning om prosjektsamarbeid (2014) avsnitt 6.

⁸⁷ Det forutsettes i det følgende at foretakskriteriet og samarbeidskriteriet er oppfylt. Disse vilkårene vil derfor ikke bli nærmere problematisert i den videre fremstillingen.

5 Vurderingen av om foretak er konkurrenter

Dette punktet omhandler vurderingen av om foretak er å anse som konkurrenter i en anbudskonkurranse. Med begrepet ”konkurrerende foretak” siktes det både til faktiske og potensielle konkurrenter.⁸⁸ Sondringen mellom foretak som er konkurrenter og foretak som ikke er konkurrenter, har betydning for den videre analysen, da skillet vil ha noe å si for om et samarbeid har til formål eller virkning å begrense konkurransen.

Med faktiske konkurrenter i en anbudskonkurranse tenkes det på de foretak som faktisk leverer inn eget, separat tilbud. Hvorvidt tilbudet bygger på et samarbeid er uten betydning. Hvor det inngis separate anbud, er det også uten betydning hvorvidt partene i et eventuelt samarbeid er i stand til å fullføre prosjektet på egenhånd eller ikke.⁸⁹ Foretakene må kunne sies å være konkurrenter allerede i det de legger inn separate tilbud. Ved inngivelse av separate anbud vil foretakene, på tross av et samarbeid, alltid ha et handlingsrom for innholdet i tilbudet. Tilbudene som kommer inn i en anbudskonkurranse vil dessuten for anbudsutlyser fremstå som konkurrerende tilbud, uavhengig av om et eventuelt samarbeid skjer skjult eller åpent.

Med potensielle konkurrenter, tenkes det i alminnelige markedssituasjoner på foretak som i tilfelle av en beskjeden, men varig stigning i de relative priser, innenfor en kort periode vil foreta de nødvendige supplerende investeringer eller andre omstillingsomkostninger for å komme inn på det relevante marked. Vurderingen må være realistisk, det er ikke nok med en teoretisk mulighet for at virksomheten entrer markedet.⁹⁰ Denne generelle vurderingen av om et foretak potensielt kan entre markedet, bruker Konkurransetilsynet for å avgjøre hvorvidt et foretak potensielt er å anse som en konkurrent i en anbudskonkurranse.

Hvor det inngis felles tilbud i en anbudskonkurranse fra foretak som på egenhånd har reell mulighet til å løfte prosjektet, vil samarbeidet anses å være mellom konkurrenter. Også hvor

⁸⁸ Kommisjonens retningslinjer for horisontalt samarbeid, avsnitt 10. Se også f.eks. definisjonen i Forskrift om anvendelse av konkurranseloven § 10 (3) på visse grupper av spesialiseringsavtaler av 20.4.2012 nr. 343 § 1 bokstav l og Kommisjonens bagatellmeddelelse (2001) art. 7 a.

⁸⁹ Hjelmeng, Gabrielsen (2011) s. 17.

⁹⁰ Forenede sager T-374/94 etc European Night Services Ltd m. flere mod Kommissionen, premiss 137, Kommisjonens retningslinjer for horisontalt samarbeid, avsnitt 10.

foretak som i realiteten kunne ha løftet et prosjekt på egenhånd, med grunnlag i et samarbeid blir enige om at et av foretakene skal avstå fra å inngi tilbud, vil foretakene måtte kunne sies å være konkurrenter.

Vurderingstemaet for å finne frem til hvem som er å anse som konkurrenter, er altså hvorvidt foretakene, uten et eventuelt samarbeid, vil ha en reell mulighet til å fullføre et prosjekt på egenhånd.⁹¹ Utgangspunktet må tas i anbudsutlysningen og hvordan anbudsutlyser beskriver prosjektet det ønskes tilbud på.⁹² Det avgjørende for om foretak er å anse som konkurrenter i en anbudskonkurranse, er om foretakene er faktiske eller potensielle konkurrenter i forhold til det enkelte prosjekt.⁹³ Dermed er det ikke av betydning hvorvidt foretakene er konkurrenter i andre sammenhenger.

Ved avgjørelsen av om et foretak kan realisere et prosjekt på egenhånd, vil Konkurransetilsynet se hen til foretakets ressurser, som deretter må holdes opp mot foretakets karakter og størrelse. Eksisterende personell, teknisk utstyr, teknologi, geografisk tilstedeværelse og eventuelle regulatoriske forhold som kan hindre et foretak i å utføre det aktuelle prosjektet, må vektlegges. Videre vil Konkurransetilsynet i samsvar med de generelle føringer for å finne frem til potensielle konkurrenter, se hen til et foretaks mulighet for å *tilegne* seg manglende kapasitet og kompetanse.⁹⁴ Dette var flere av høringsinstansene i forkant av den nye veiledningen fra 2014 kritiske til.⁹⁵ Det ble sagt at tilsynet gikk for langt i å vektlegge muligheten for innleie av ressurser, samt at det var uklart hvor mye som ville kreves av foretakene.⁹⁶ Tilegnelse av manglende kapasitet og kompetanse kan dessuten reise nye problemer. Slik tilegnelse vil i mange tilfeller måtte skje fra konkurrenter. Man vil da kunne få problemer med at tilegnelsen nødvendigvis vil innebære informasjonsutveksling om kapasitet og pris.⁹⁷

⁹¹ Konkurransetilsynets veiledning om prosjektsamarbeid (2014) avsnitt 35, 36

⁹² TFOLL-2011-20508, s. 12

⁹³ Konkurransetilsynets veiledning om prosjektsamarbeid (2014) avsnitt 36

⁹⁴ Konkurransetilsynets veiledning om prosjektsamarbeid (2014) avsnitt 39

⁹⁵ Høringsuttalelser med merknader til utkast til veiledning om prosjektsamarbeid (2012)

⁹⁶ Se for eksempel Advokatforningens bemerkninger til utkast til veiledning om prosjektsamarbeid (2012), s. 3

⁹⁷ Rådgivende ingeniørers forenings bemerkninger til utkast til veiledning om prosjektsamarbeid (2012) punkt 5.

I veiledningen som ble publisert i februar 2014 nevner ikke Konkurransetilsynet risikoevne som et moment i helhetsvurderingen av om et foretak er i stand til å fullføre et prosjekt på egenhånd. Å gjennomføre et prosjekt vil særlig for små og mindre etablerte foretak kunne ha en så stor risiko at det ikke vil være aktuelt å legge inn tilbud i en anbudskonkurranse. Hjelmeng og Staahl Gabrielsen peker på at fokuset må være på sannsynligheten for at foretakene uten samarbeidet ville ha levert inn separate bud på det spesifikke prosjektet.⁹⁸ Konkurransetilsynet ser ut til å være av en annen oppfatning, da det uttales i Veiledning om prosjektsamarbeid at det ikke vil være ”nødvendig å sannsynliggjøre at begge foretak faktisk også ville ha inngitt et eget anbud”.⁹⁹

Hvor det inngis felles tilbud i en anbudskonkurranse fra foretak som ikke på egenhånd har reell mulighet til å løfte prosjektet, vil disse foretakene ikke være å anse som konkurrenter. Heller ikke hvor det inngis felles tilbud i en anbudskonkurranse med grunnlag i et samarbeid hvor bare ett av foretakene i samarbeidet har mulighet til å realisere prosjektet på egenhånd, vil de samarbeidende foretak være å anse som konkurrenter. Det må anlegges en realistisk økonomisk synsvinkel.¹⁰⁰ Det uttales i tingrettsdommen om Ski og Follo Taxi at ”[d]et vil være vanskelig å komme til at to tilbydere er faktiske eller potensielle konkurrenter, dersom den ene av to ikke selv har mulighet til å inngi anbud”.¹⁰¹

Dermed er det i tre tilfeller at foretak er å anse som konkurrenter i en anbudskonkurranse. For det første vil foretak være å anse som konkurrenter i de tilfeller hvor foretakene har anledning til å fullføre et prosjekt på egenhånd, samtidig som det inngis felles tilbud. For det andre vil foretak anses å være konkurrenter i de tilfeller hvor foretakene har anledning til å fullføre et prosjekt på egenhånd, men basert på et samarbeid avstår det ene foretaket fra å delta i anbudskonkurransen. For det tredje vil foretak være å anse som konkurrenter i de tilfeller hvor det leveres inn flere, separate tilbud i en anbudskonkurranse, uavhengig av om foretakene har mulighet til å løfte prosjektet på egenhånd.

⁹⁸ Hjelmeng, Gabrielsen (2011) s. 11.

⁹⁹ Konkurransetilsynets veiledning om prosjektsamarbeid (2014) avsnitt 38

¹⁰⁰ Forenede sager T-374/94 etc European Night Services Ltd m. flere mod Kommissionen, premiss 137.

¹⁰¹ TFOLL-2011-20508, side 11.

6 Anbuds- og prosjektsamarbeid - konkurransebegrensende formål

6.1 Oversikt

I dette punktet vil ulike former for anbuds- og prosjektsamarbeid analyseres under formålsalternativet.

Som punkt 3.4.2 viser, er det først og fremst de mest alvorlige former for samarbeid som av EU-domstolen er ansett å ha konkurransebegrensende formål. Samarbeid som har til formål å begrense konkurransen vil typisk entydig ha negative virkninger på konkurransen, og ofte ingen eller begrensede effektivitetsgevinster.

For samarbeider som har til formål å begrense konkurransen, er det ikke nødvendig å påvise konkurransebegrensende virkninger i markedet.¹⁰² Hvorvidt de samarbeidende foretak vinner anbudskonkurransen, er derfor uten betydning for vurderingen av om et samarbeid har konkurransebegrensende formål.

I de følgende punkter vil det først ses hen til de tilfeller hvor de samarbeidende foretak er konkurrenter, og deretter til tilfeller hvor de samarbeidende foretak ikke er konkurrenter. Dette gjøres for nærmere å kunne belyse hvordan konkurranseloven § 10 skal tolkes og anvendes på ulike former for anbuds- og prosjektsamarbeid.

6.2 Samarbeid mellom konkurrenter

6.2.1 Oversikt

I punkt 6.2 vil samarbeider mellom konkurrenter analyseres under formålsalternativet. Med konkurrenter menes her i tråd med kapittel 5 de tilfeller hvor det inngis felles tilbud i en anbudskonkurranse fra foretak som har anledning til å fullføre et prosjekt på egenhånd, de tilfeller hvor det inngis flere, separate tilbud i en anbudskonkurranse og endelig de tilfeller hvor foretak basert på et samarbeid avstår fra å inngi tilbud i en anbudskonkurranse.

¹⁰² Sag T-62/98 Volkswagen AG mod Kommissionen, premiss 178.

Det vil først ses hen til de tilfeller hvor det basert på et samarbeid inngis ett, felles anbud, og deretter på de tilfeller hvor samarbeidet resulterer i inngivelse av flere, separate anbud. Til slutt vil det kort ses på de tilfeller hvor et samarbeid fører til at et foretak avstår fra å inngi bud i en anbudskonkurranse.

6.2.2 Inngivelse av ett felles anbud

Situasjonen er at begge eller alle foretakene i et samarbeid har mulighet til å fullføre et prosjekt på egenhånd, men inngir ett, felles anbud. Spørsmålet er hvordan et slikt samarbeid må vurderes under formålsalternativet.

For å påvise at et samarbeid har konkurransebegrensende formål, er det vanlig å starte med å identifisere en avtale som ”en avtaletype som normalt anses å ha til formål en begrensning av konkurransen”.¹⁰³ Samarbeid som har til formål å begrense konkurransen, er typisk samarbeider som inneholder momenter av prissamarbeid, markedsdeling, informasjonsutveksling om konkurranserelevante parametere, produksjonsbegrensninger, eksportbegrensninger, avtaler om bindende videresalgspriser eller avtaler om minimumspriser for videresalg.¹⁰⁴ Anbuds- og prosjektsamarbeid kan både inneholde og ikke inneholde slike typiske konkurransebegrensende elementer.

Etter å ha fastslått hvorvidt et samarbeid inneholder momenter som typisk anses å ha til formål å begrense konkurransen, må det foretas en viss vurdering av et samarbeids konkurransebegrensende karakter. Avtalens innhold og økonomiske kontekst må dermed tas i betraktning.¹⁰⁵

¹⁰³ Sag C-209/07 Competition Authority mod Beef Industry Development Society Ltd og Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd., premiss 24, Norsk konkurranserett (2007) s. 277.

¹⁰⁴ Forenede sager T-374/94 etc European Night Services Ltd m. flere mod Kommissionen, premiss 136, sag C-8/08 T-Mobile Netherlands BV m. fl. mod Raad van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, premiss 43, sag 19/77 Miller International Schallplatten GmbH mod Kommissionen, premiss 7, 18, sag 161/84 Pronuptia de Paris GmbH mod Schillgalis, premiss 23, 25. Se også Kommisjonens retningslinjer for anvendelsen av art. 81 (3), avsnitt 23.

¹⁰⁵ Forenede sager C-501/06 P etc. GlaxoSmithKline Services Unlimited mod Kommissionen m. flere, premiss 58.

Konkurransetilsynet er av den oppfatning at et samarbeid mellom faktiske og potensielle konkurrenter som utgangspunkt vil ha konkurransebegrensende formål.¹⁰⁶ Dette har blant annet kommet til uttrykk i Konkurransetilsynets vedtak Ski og Follo Taxi hvor det ble sagt at

I henhold til praksis fra EU-domstolen og juridisk teori vil anbudssamarbeid mellom faktiske eller potensielle konkurrenter vanligvis ha et konkurransebegrensende formål i strid med konkurranseloven § 10 første ledd. Bakgrunnen for dette er at et anbudssamarbeid normalt innebærer samarbeid om sentrale konkurranseparametre som pris, kvalitet og kapasitet. Samarbeid om slike konkurranseparametere vil som hovedregel være konkurranseskadelig.¹⁰⁷

Saken ble anket til Follo Tingrett, som ikke var enig med Konkurransetilsynet i at samarbeidet mellom de to taxiselskapene hadde til formål å begrense konkurransen. Follo Tingrett kom i samme sak til at samarbeidet som resulterte i at det ble inngitt felles bud, hvor aktørene var å anse som konkurrenter, ikke hadde konkurransebegrensende formål, og at det derfor måtte foretas en konkret virkningsvurdering.¹⁰⁸ Det skal for ordens skyld legges til at Konkurransetilsynet har anket tingrettsdommen, som var oppe for Borgarting Lagmannsrett 1. april 2014. Noen nærmere en avklaring her, vil en ikke få før saken er rettskraftig avgjort. Tingretten viste til at formålsalternativet er ment å ramme de alvorligste former for samarbeid, så som pris-karteller. Det ble uttalt at

Retten kan ikke se at man uten videre kan presumere at et åpent anbudssamarbeid er konkurransebegrensende. Det åpne samarbeidet vi vurderer, har knapt likhetstrekk med noen kjente formålsovertredelser og tilsynet har ikke kunnet legge fram et eneste eksempel fra praksis på at et helt åpent anbudssamarbeid har vært regnet som en formålsovertredelse. I tillegg kommer konteksten; hovedmotivet for samarbeidet var å tilby

¹⁰⁶ Konkurransetilsynets vedtak V2011-11 Icopal-Fløysland, avsnitt 106.

¹⁰⁷ Konkurransetilsynets vedtak V2011-12 Ski og Follo Taxi, avsnitt 80.

¹⁰⁸ Follo Tingrett konkluderte med at samarbeidet hadde konkurransebegrensende virkning, men at merkbarhetskravet ikke var oppfylt.

*en etterspurt kapasitet i et marked der en langt større aktør enn saksøkerne allerede øvde et konkurransepress.*¹⁰⁹

I tillegg til å påpeke at samarbeidet ikke hadde likhetstrekk med typiske formålsovertredelser, vektla Follo Tingrett at samarbeidet skjedde helt åpent. Det ser ut til at Tingretten i tillegg til å vektlegge hvorvidt man står overfor en avtaletype som typisk har til formål å begrense konkurransen, også ser hen til avtalens innhold og økonomiske kontekst. Denne fremgangsmåten kan kanskje sies å være mer i tråd med praksis fra EU-domstolen enn Konkurransetilsynets fremgangsmåte.

For at et samarbeid skal være lovlig, stilles det ingen krav i lovgivningen til at det må opplyses om samarbeidet. Både åpne og skjulte samarbeider kan komme i konflikt med konkurranseloven § 10, og således ha enten til formål eller virkning å begrense konkurransen. Også åpne samarbeider kan føre til at det blir færre tilbydere i en anbudskonkurranse. Konkurransetilsynet har i flere tilfeller kommet til at et åpent samarbeid har til formål å begrense konkurransen og at samarbeidet er i strid med konkurranseloven § 10.¹¹⁰ Men tilsynet har ofte i sanksjonssammenheng vektlagt i formildende retning at et samarbeid skjer åpent, blant annet ved kun å bringe forholdet til opphør, uten å ilegge overtredelsesgebyr eller straff, eller ved å sette gebyret lavere enn det ville ha vært om samarbeidet hadde foregått skjult.¹¹¹ Om samarbeidet finnes å være åpent eller skjult, vil derfor kunne være av stor betydning for de samarbeidende foretak dersom det opprettes tilsynssak. Uansett ser det ut til at Follo Tingrett, når de konkluderte med at samarbeidet i saken om Ski og Follo Taxi ikke hadde til formål å begrense konkurransen, vektla at samarbeidet skjedde åpent.

Selv etter tingrettsdommen om Ski og Follo Taxi, fremgår det av Konkurransetilsynets nyeste veiledning om prosjektsamarbeid, som ble publisert etter den nevnte tingsrettsdommen, at

¹⁰⁹ TFOLL-2011-20508, side 16.

¹¹⁰ Se f. eks. Konkurransetilsynets vedtak V2011-12 Ski og Follo Taxi, Konkurransetilsynets vedtak V2008-1 Øre, nese, hals.

¹¹¹ Se f. eks. Konkurransetilsynets vedtak V2008-1 Øre, nese, hals, punkt 7, Konkurransetilsynets vedtak V2011-12 Ski og Follo Taxi, avsnitt 153.

tilsynet vil legge til grunn at et samarbeid om felles anbud fra to foretak som hver for seg kan gjennomføre prosjektet alene, normalt vil ha konkurransebegrensende formål.¹¹²

Det er på det rene at dersom to konkurrenter går sammen om å fullføre et prosjekt, fører det til at en konkurrent forsvinner, og at konkurransen mellom dem elimineres.¹¹³ Men en reduksjon av antall tilbydere i en anbudskonkurranse behøver ikke være entydig negativt. Et høyt antall innkomne anbud behøver ikke alltid å være det beste for konkurransen. Det uttales i tingrettsdommen fra Follo Tingrett, i forbindelse med merkbarhetskravet, at en redusering av antallet potensielle konkurrenter, kun har marginal betydning for konkurransen.¹¹⁴ Det viktigste for konkurransen må være at de anbud som kommer inn er kompetitive, slik at anbudsutlyser kan velge det kvalitativt beste anbudet som er mulig å oppnå, uavhengig av hvor mange tilbud en får inn i anbudskonkurransen. Et prosjekt kan bli mer kostnadseffektivt dersom foretak A samarbeider med foretak B, enn dersom foretak A eller foretak B gjennomfører prosjektet alene. Dessuten kan samarbeidet føre til at prosjektet blir kvalitativt bedre, eller kanskje raskere kan realiseres.

Follo Tingretts konklusjon om at et samarbeid mellom konkurrerende foretak, som resulterer i ett, felles bud, ikke nødvendigvis anses å ha konkurransebegrensende formål, ser ut til å underbygges av rettslig teori. Det må for eksempel etter Hjelmeng og Staahl Gabrielsens syn i slike tilfeller foretas en vurdering av om samarbeidet har konkurransebegrensende virkninger i markedet.¹¹⁵ Dette synet samsvarer best med at det er påvist at samarbeider mellom konkurrenter ikke nødvendigvis er entydig negativt for konkurransen. Oppfatningen samsvarer også best med det tradisjonelle syn på unntaksregelen i konkurranseloven § 10 (3), som det vil redegjøres for i fremstillingens kapittel 9. Det kan her kort nevnes at unntaket tradisjonelt har vært ansett snevert for samarbeider med konkurransebegrensende formål. Det er derfor hensiktsmessig at ikke området for hva som anses å ha konkurransebegrensende formål blir for vidt, slik at man ikke går glipp av samarbeider som er gunstige for konkurransen. I sum må det derfor kunne sies å være mest naturlig at hvor to foretak, som begge kan realisere et pro-

¹¹² Konkurransetilsynets veiledning om prosjektsamarbeid (2014) avsnitt 38.

¹¹³ Konkurransetilsynets veiledning om anbuds- og prosjektsamarbeid (2008), s. 6.

¹¹⁴ TFOLL-2011-20508, side 17-18.

¹¹⁵ Hjelmeng, Gabrielsen (2011) s. 15.

sjekt på egenhånd, inngir felles bud i en anbudskonkurranse, bør foretas en konkret vurdering av om samarbeidet har konkurransebegrensende virkninger.

6.2.3 Inngivelse av flere separate anbud

6.2.3.1 Oversikt

Situasjonen her er at et samarbeid ikke fører til at det inngis ett, felles tilbud i en anbudskonkurranse, men at et samarbeid resulterer i at det inngis flere, separate tilbud. De foretak som inngir tilbud, er som fastslått i fremstillingens kapittel 5, å anse som konkurrenter i den aktuelle anbudskonkurransen i det det inngis tilbud.

I det følgende vil det forhold at det inngis flere, separate tilbud i en anbudskonkurranse, analyseres under formålsalternativet i konkurranseloven § 10. Det vil først ses hen til de tilfeller hvor samtlige foretak i samarbeidet har mulighet til å fullføre prosjektet på egenhånd. Deretter vil det ses hen til de tilfeller hvor ingen av foretakene eller kun ett av foretakene i samarbeidet har mulighet til å fullføre prosjektet på egenhånd.

6.2.3.2 Alle foretak har mulighet til å fullføre prosjektet på egenhånd

Situasjonen er at de samarbeidende foretak alle har mulighet til å fullføre prosjektet på egenhånd. Likevel inngis det flere tilbud i en anbudskonkurranse. For eksempel opptrer aktørene som underleverandører for hverandre, enten gjensidig eller ensidig. Spørsmålet er hvordan et slikt samarbeid må vurderes under formålsalternativet.

For å påvise at et samarbeid har konkurransebegrensende formål, ses det først hen til hvorvidt samarbeidet er en form for samarbeid som typisk anses å ha til formål å begrense konkurransen.¹¹⁶ Deretter må avtalens innhold og økonomiske kontekst tas i betraktning.¹¹⁷

Samarbeider som inneholder elementer av *markedsdeling* er typisk en form for samarbeid som anses å ha til formål å begrense konkurransen.¹¹⁸ Med markedsdeling tenkes det i denne

¹¹⁶ Sag C-209/07 Competition Authority mod Beef Industry Development Society Ltd og Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd., premiss 24, Norsk konkurranserett (2007) s. 277.

¹¹⁷ Forenede sager C-501/06 P etc. GlaxoSmithKline Services Unlimited mod Kommissionen m. flere, premiss 58.

sammenheng på fordeling av geografiske områder, produkter eller kunder i forkant av en anbudskonkurranse. Markedsdeling kan skje ved at foretakene avtaler at de skal legge inn anbud på ulike deler av et prosjekt, eller at selve anbudene fordeles mellom partene. Slikt samarbeid vil typisk virke konkurransebegrensende og vil tradisjonelt ikke ha effektivitetsgevinster. Avtaler om hvem som skal vinne en anbudskonkurranse og markedsdeling, vil kunne være avtalt juks, og dermed svært negativt for konkurransen. Et eksempel på at Konkurransetilsynet har funnet at et samarbeid om markedsdeling har til formål å begrense konkurransen, finnes i Konkurransetilsynets vedtak V2013-3, Asfaltsaken, hvor det var tale om geografisk markedsdeling.¹¹⁹

Samarbeider som utelukkende består i *prissamarbeid* vil også typisk være konkurransebegrensende.¹²⁰ Konkurranse om best pris er helt sentralt for markedets funksjon.¹²¹ Pris er som kjent en svært viktig faktor i anbudssammenheng, og ofte avgjørende for hvem som vinner en anbudskonkurranse. Et prissamarbeid kan for eksempel forekomme hvor hvert av foretakene har mulighet til å fullføre et prosjekt på egenhånd, og leverer inn hver sine tilbud i en anbudskonkurranse, men avtaler seg i mellom hvilke priser de skal inngi. I Konkurransetilsynets vedtak V2008-1 Øre nese hals, kom tilsynet til at en prisfastsetting basert på et samarbeid mellom to leger i en anbudskonkurranse, som begge hadde mulighet til å inngi tilbud på egenhånd, hadde konkurransebegrensende formål. De to legene var åpne om sitt samarbeid, og leverte hver sine tilbud i anbudskonkurransen. Med bakgrunn i tett samarbeid om lokaler, utstyr og kunnskap, koordinerte de to legene sine priser, fremfor å basere de inngitte tilbudene i anbudskonkurransen på egne beregninger av fortjeneste. Tilsynet kom til at de to foretakene hadde hatt full anledning til å foreta selvstendige beregninger av fortjeneste, og at samarbeidet på denne bakgrunn ble ansett å ha konkurransebegrensende formål.¹²² Vanligvis vil samarbeider som utelukkende går ut på prissamarbeid, typisk finnes å ha til formål å begrense konkurransen. Akkurat her kan dette synes noe strengt, da det mellom de to foretakene åpenbart har

¹¹⁸ Forenede sager T-374/94 etc European Night Services Ltd m. flere mod Kommissionen premiss 136, Kommisjonens retningslinjer for anvendelsen av art. 81 (3), avsnitt 23.

¹¹⁹ Konkurransetilsynets vedtak V2013-3 Veidekke/NCC, avsnitt 251.

¹²⁰ Forenede sager T-374/94 etc European Night Services Ltd m. flere mod Kommissionen, premiss 136, Kommisjonens retningslinjer for anvendelsen av art. 81 (3), avsnitt 23.

¹²¹ Norsk konkurranserett (2007) s. 271.

¹²² Konkurransetilsynets vedtak V2008-1 Øre, nese, hals, avsnitt 6.2.

foregått en form for ressursintegrasjon, som det kan være vanskelig å skille utarbeidelsen av et pristilbud fra, samtidig som samarbeidet foregikk åpent. Uten samarbeidet ville kanskje tilbudet fra de to legene ha vært mindre konkurransedyktig.

Samarbeider som inneholder *utveksling av informasjon om sentrale konkurranseparametre*, vil også typisk være et samarbeid som finnes å ha til formål å begrense konkurransen. Informasjonsutveksling kan for det første være en del av, eller en forutsetning for, et større samarbeid, som for eksempel en avtale om prissamarbeid eller markedsdeling, men informasjonsutveksling kan også være en overtredelse i seg selv.¹²³ Utveksling av individualiserende informasjon om sentrale konkurranseparametere, som foreksempel fremtidig pris og kvantum, vil normalt ha et konkurransebegrensende formål.¹²⁴ I slike tilfeller behøver man ikke å påvise en konkurransebegrensende virkning i markedet.¹²⁵ En anbudskonkurranse vil bare fungere effektivt dersom aktørene er usikre på de andre aktørenes priser og kostnader, og dersom det er usikkerhet knyttet til hvem som eventuelt vil by i konkurransen.¹²⁶ Konkurransetilsynet har i tråd med praksis fra EU-domstolen funnet at utveksling av sentrale opplysninger, som for eksempel pris, utgjør et samarbeid med konkurransebegrensende formål.¹²⁷ Dette har blant annet kommet til uttrykk i Konkurransetilsynets vedtak V2011-11 Icopal-Fløysland, hvor IcopalTak AS og Fløysland Tak AS var konkurrenter som innga hver sine tilbud i en anbudskonkurranse. Det ble uttalt at

Utteksling av informasjon om priser vil generelt virke særlig konkurransebegrensende i forbindelse med anbudskonkurranser og anbudslignende prosesser all den tid pris utgjør et svært viktig beslutningsgrunnlag for tilbudsyttelser.

¹²³ Norsk konkurranserett (2007) s. 430.

¹²⁴ Sag T-62/98 Volkswagen AG mod Kommissionen, premiss 178, Kommisjonens retningslinjer for horisontalt samarbeid, avsnitt 74.

¹²⁵ Sag C-8/08 T-Mobile Netherlands BV m. fl. mod Raad vaan bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, premiss 30, 31.

¹²⁶ Hjelmeng, Gabrielsen (2011) s. 24.

¹²⁷ Konkurransetilsynets veiledning om prosjektsamarbeid (2014) avsnitt 52.

Basert på det ovennevnte forhold legger Konkurransetilsynet til grunn at det aktuelle samarbeidet har hatt et konkurransebegrensende formål.¹²⁸

Også ensidig informasjonsutveksling vil kunne være i strid med konkurranseloven § 10. Det har vært ansett som gjeldende rett i kartellsaker,¹²⁹ og det samme må kunne sies å gjelde her. Det er i alle fall Konkurransetilsynets oppfatning.¹³⁰ Om en part på eget initiativ oversender sitt fullstendige tilbud til den annen part, må det kunne kreves at motparten tar avstand fra informasjonsoversendingen, for at den ensidige informasjonsutvekslingen ikke skal være i strid med konkurranseloven § 10.¹³¹

Hvor konkurrerende foretak later som om de har tenk å samarbeide, og bruker et mulig samarbeid som skalkeskjul for ulovlig informasjonsutveksling, vil informasjonsutvekslingen måtte anses å ha konkurransebegrensende formål.¹³²

I noen sammenhenger vil informasjonsutveksling være nødvendig for å få i stand et effektivt samarbeid. Men om de samarbeidende aktører utveksler mer informasjon enn det som er nødvendig for at samarbeidet skal nå sitt mål, vil Konkurransetilsynet finne at informasjonsutvekslingen har konkurransebegrensende formål.¹³³ Det kan tas utgangspunkt i et forhold hvor to foretak har gjensidige underleveranseavtaler. Da skal det ikke utveksles informasjon om konkurranserelevante parametre utenfor området for samarbeidet. Foretak som utveksler de fullstendige tilbudene de tenker å inngi i en anbudskonkurranse, må være forberedt på at slik utveksling vil anses å ha konkurransebegrensende formål.

Videre vil også et samarbeid som resulterer i *fiktive bud* typisk ha til formål å begrense konkurransen. Med fiktive bud menes anbud med høyere kostnad enn et annet anbud, under viss-

¹²⁸ Konkurransetilsynets vedtak V2011-11 Icopal-Fløysland, avsnitt 110, 111.

¹²⁹ Forenede sager T-25/95 etc. Cimenteries m. fl. mod Kommissionen, premiss 1849.

¹³⁰ Konkurransetilsynets vedtak V2011-11 Icopal-Fløysland, avsnitt 79–87.

¹³¹ Hjelmeng, Gabrielsen (2011) s. 25.

¹³² Hjelmeng, Gabrielsen (2011) s. 25.

¹³³ Konkurransetilsynets veiledning om prosjektsamarbeid (2014) avsnitt 56.

het om at anbudet er høyere enn konkurrentens.¹³⁴ Det er ikke nødvendig å konstatere at foretakene har hatt til hensikt å forlede.¹³⁵

Hvor det inngis flere tilbud basert på et samarbeid i en anbudskonkurranse, kan det være vanskelig for anbudsutlyser å avgjøre hvilke bud som er fiktive og hvilke som er reelle. Fiktive bud vil gjøre at antallet bud stiger og at konkurransen ser mer effektiv ut enn den faktisk er. Partene opptrer som om de er i konkurranse, men så er de likevel ikke det.¹³⁶ Et slikt samarbeid vil kunne gi anbudsutlyser et inntrykk av at det er flere deltakere i anbudskonkurransen enn det reelt sett er. Dette vil kunne lette muligheten for at anbudsutlyser godtar det laveste budet, i den tro at det har foregått reell konkurranse. Dersom samarbeidet i tillegg holdes skjult, forsterkes sjansen for at arrangøren av anbudskonkurransen blir ført bak lyset, da det ikke blir mulig å gjøre seg opp en mening av om anbudsprosessen har vært reell. Anbudsutlyser risikerer da å betale en for høy pris for prosjektet, ettersom anbudene ikke er et resultat av konkurranse, men enighet mellom foretakene.¹³⁷ Ved inngivelse av fiktive bud vil det vanskelig kunne sies å foreligge effektivitetsgevinster som kan godtgjøre samarbeidet. Spesielt negativt for konkurransen vil fiktive bud være hvor det er få eller ingen tilbydere utover de samarbeidende foretak. Fiktive bud kan dessuten gi grunnlag for markedsdeling.¹³⁸

Et samarbeid mellom konkurrenter som fører til at det inngis flere, separate tilbud i en anbudskonkurranse, vil ikke i seg selv være mer konkurransebegrensende enn i de tilfeller hvor det inngis ett, felles bud. Konkurransetilsynets skepsis til samarbeid som resulterer i inngivelse av flere bud, kan bunne i at det vil kunne være problematisk for anbudsutlyser å skille mellom reelle og fiktive bud. Men dersom det ikke er tale om fiktive bud, eller et samarbeid som ellers typisk er konkurransebegrensende, bør det foretas en konkret vurdering av om samarbeidet har konkurransebegrensende virkninger i markedet. Det kan nemlig være at et samarbeid som fører til at det inngis flere, separate tilbud i en anbudskonkurranse er positivt, på tross av at de samarbeidende aktører egentlig kan levere inn anbud på egenhånd. Fordelene av

¹³⁴ Se for eksempel saksforholdet som ligger til grunn for Rt-2012-1556, avsnitt 3.

¹³⁵ Sag C-8/08 T-Mobile Netherlands BV m. fl. mod Raad vaan bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, premiss 27.

¹³⁶ Hjelmeng, Gabrielsen (2011) s. 18.

¹³⁷ Konkurransetilsynets veiledning om prosjektsamarbeid (2014) avsnitt 59.

¹³⁸ Hjelmeng, Gabrielsen (2011) s. 17, 18.

samarbeidet kan være større for anbudsutlyser enn om samarbeidet ikke hadde funnet sted. For eksempel kan prisen ved hjelp av samarbeidet bli lavere, gjennomføringstiden kan bli kortere eller spisskompetansen bedre. Da vil et samarbeid kunne være mer lønnsomt for anbudsutlyser enn at foretakene på egenhånd gjennomfører prosjektet. Det trekkes i retning av at det bør foretas en konkret vurdering av om samarbeidet har konkurransebegrensende virkninger i markedet, med mindre det foreligger et samarbeid som har et innhold som typisk har til formål å begrense konkurransen.

6.2.3.3 Ingen av foretakene har mulighet til å fullføre prosjektet på egenhånd

Situasjonen er at det inngis flere, separate tilbud i en anbudskonkurranse, basert på et samarbeid mellom foretak som ikke på egenhånd har mulighet til å fullføre prosjektet. Hadde ikke foretakene inngitt hver sine tilbud i anbudskonkurransen, ville de verken ha vært faktiske eller potensielle konkurrenter. Det aktuelle samarbeidet kan for eksempel være en gjensidig underleveranseavtale. Ved innleveringen av hver sine anbud blir de faktiske konkurrenter i den aktuelle anbudsprosessen.¹³⁹ Spørsmålet er hvordan et slikt samarbeid må vurderes under formålsalternativet.

Et samarbeid hvor ingen av foretakene har mulighet til å fullføre prosjektet på egenhånd, vil ikke i seg selv inneholde momenter som typisk har til formål å begrense konkurransen. Men dersom det utveksles informasjon utover det som er nødvendig for å inngi anbudet, vil samarbeidet kunne finnes å ha konkurransebegrensende formål.¹⁴⁰

Et samarbeid mellom konkurrenter som resulterer i at det inngis flere, separate anbud, vil også kunne være positivt for konkurransen. En anbudskonkurranse vil med samarbeidet kunne få flere deltakere enn uten samarbeidet. Det avgjørende for om et samarbeid finnes å ha til formål eller virkning å begrense konkurransen, kan ikke være at det inngis to bud i stedet for ett. Det bør derfor i disse tilfellene foretas en konkret vurdering av om samarbeidet har konkurransebegrensende virkninger i markedet.

¹³⁹ Hjelmeng, Gabrielsen (2011) s. 17.

¹⁴⁰ Konkurransetilsynets veiledning om prosjektsamarbeid (2014) avsnitt 50–57.

6.2.3.4 Ett av foretakene har mulighet til å fullføre prosjektet på egenhånd

Situasjonen er at ett av foretakene i et samarbeid har mulighet til å fullføre prosjektet på egenhånd (A), mens et annet foretak (B) ikke har mulighet til det. Begge leverer inn anbud. A inngir et selvstendig anbud, mens B inngir anbud basert på underleveranser fra A. Spørsmålet er hvordan et slikt samarbeid må vurderes under formålsalternativet.

Et slikt samarbeid vil ikke i seg selv inneholde momenter som typisk har til formål å begrense konkurransen. Ser man kun på underleveranseavtalen, vil en avtale som gjør at B får mulighet til å legge inn et selvstendig anbud ikke i seg selv redusere antall tilbydere. Et samarbeid mellom A og B vil tvert om kunne tenkes å ha positive virkninger på konkurransen. B kan for eksempel være mer kostnadseffektiv enn A på visse deler av prosjektet, ha bedre kvalitet på sine arbeider eller et bedre rykte i markedet enn A. Da vil A gjennom samarbeidet kunne fremstå som en sterkere konkurrent i forhold til andre aktører i anbudskonkurransen og dermed er det naturlig at A ønsker å opptre som underleverandør for B.¹⁴¹ Slike samarbeider bør derfor ikke ansees å ha konkurransebegrensende formål. Det bør i stedet foretas en konkret vurdering av om et slikt samarbeid har konkurransebegrensende virkninger i markedet.

Dersom samarbeidet inneholder momenter av for eksempel prisfastsettelse, er det mer aktuelt at samarbeidet finnes å ha til formål å begrense konkurransen. Prisfastsettelse er typisk et samarbeid som anses å ha konkurransebegrensende formål.¹⁴² Hvor ett av foretakene har mulighet til å fullføre prosjektet på egenhånd, kan et samarbeid gå ut på at As pris til B på underleveranser ikke skal ligge over As egen pris på de samme elementene i As bud på hele prosjektet. Dette må kunne sies å være horisontal prisfastsetting. Likevel argumenterer for eksempel Hjelmeng og Staahl Gabrielsen for at det kan finnes gode grunner for at det i dette tilfellet i stedet må foretas en virkningsvurdering. Det begrunnes med anbudskonkurransers særpreg og det faktum at partene ikke er konkurrenter for den delen av prosjektet som ”bindingen gjelder”.¹⁴³ Dessuten vil prisbinding her hindre at A bruker B til å få til et fiktivt bud

¹⁴¹ Hjelmeng, Gabrielsen (2011) s. 20–23.

¹⁴² Forenede sager T-374/94 etc *European Night Services Ltd m. flere mod Kommissionen*, premiss 136, Kommisjonens retningslinjer for anvendelsen av art. 81 (3), avsnitt 23.

¹⁴³ Hjelmeng, Gabrielsen (2011) s. 22.

med høyere pris enn budet som alene kommer fra A.¹⁴⁴ Flere forhold trekker dermed i retning av at det også her bør foretas en konkret vurdering av samarbeidets virkninger på konkurransen, for å kunne avgjøre om samarbeidet er lovlig eller ikke.

6.2.4 Avståelse fra å inngi anbud

Situasjonen er at de samarbeidende foretak alle har mulighet til å inngi tilbud i en anbudskonkurranse på egenhånd, men at et samarbeid i stedet for å føre til at det inngis ett, felles bud eller flere, separate bud, fører til at et foretak avstår fra å inngi tilbud. Spørsmålet er hvordan et slikt samarbeid må vurderes under formålsalternativet.

Dersom avståelsen skyldes at foretakene avtaler å dele markedet mellom seg, vil samarbeidet være en form for markedsdeling. Markedsdeling er tradisjonelt en avtaletype som anses å ha til formål å begrense konkurransen.¹⁴⁵ Samarbeidet kan for eksempel gå ut på at det ene foretaket skal avstå fra å inngi eget anbud, og være underleverandør for det andre foretaket.¹⁴⁶ Eller samarbeidet kan gå ut på at et foretak blir premiært for ikke å delta i anbudskonkurransen. Markedsdeling vil det også være dersom foretakene med grunnlag i en ordning om anbudsrotasjon, etter tur går for å vinne. Markedsdeling kan i anbudssammenheng finnes i mange forskjellige former, som alle må vurderes å ha konkurransebegrensende formål.

6.3 Samarbeid mellom foretak som ikke er konkurrenter

6.3.1 Oversikt

I punkt 6.3 vil samarbeider mellom foretak som ikke er konkurrenter analyseres under formålsalternativet i konkurranseloven § 10. Med foretak som ikke er konkurrenter menes her i tråd med kapittel 5, de tilfeller hvor det inngis felles tilbud i en anbudskonkurranse, basert på et samarbeid mellom foretak hvor ingen eller kun ett av foretakene har anledning til å fullføre prosjektet på egenhånd.

¹⁴⁴ Hjelmeng, Gabrielsen 82011) s. 27.

¹⁴⁵ Forenede sager T-374/94 etc European Night Services Ltd m. flere mod Kommissionen, premiss 136.

¹⁴⁶ Hjelmeng, Gabrielsen (2011) s. 15.

Samarbeid mellom foretak som ikke er konkurrenter, vil slik konkurrentbegrepet er fastlagt i kapittel 5, bare forekomme hvor det inngis ett, felles anbud.

6.3.2 Inngivelse av ett felles anbud

6.3.2.1 Oversikt

I dette punktet vil først de tilfeller der ingen av foretakene i et samarbeid har mulighet til å fullføre et prosjekt på egenhånd behandles. Deretter behandles de tilfeller hvor ett av foretakene i samarbeidet har mulighet til å fullføre prosjektet på egenhånd.

6.3.2.2 Ingen av foretakene har mulighet til å fullføre prosjektet på egenhånd

Situasjonen er at to eller flere foretak som ikke har mulighet til å fullføre et prosjekt på egenhånd, inngir ett, felles anbud i en anbudskonkurranse. Det kan for eksempel være at foretakene ikke har ressurser til å gjennomføre prosjektet på egenhånd. Men det kan også være at det aktuelle samarbeidet er vertikalt, ved at foretakene opptrer i forskjellige bransjer. Snekkere, elektrikere og rørleggere befinner seg for eksempel på forskjellige trinn i omsetningskjeden og er ikke å anse som konkurrenter. Spørsmålet er hvordan et slikt samarbeid må vurderes under formålsalternativet.

Et samarbeid mellom foretak som ikke er konkurrenter, vil ikke i seg selv være et samarbeid som typisk har til formål å begrense konkurransen. Dette har blant annet kommet til uttrykk i Kommisjonens vedtak Eurotunnel, hvor det uttales at

Som nævnt i Kommissionens meddelelse vedrørende aftaler, vedtagelser og samordnet praksis angående samarbejde mellem virksomheder begrænser aftaler, som alene går ud på at danne arbejdsfællesskaber til fælles udførelse af ordrer, ikke konkurrencen, når de deltagende virksomheder ikke hver for sig er i stand til at udføre ordrene.

Dette gælder navnlig for virksomheder, som tilhører forskellige brancher, men også for virksomheder i samme branche, for så vidt de kun deltager i arbejdsfællesskabet med sådanne produkter eller ydelser, som ikke kan leveres af de andre deltagere. Men heller ikke midlertidige arbejdsfællesskaber mellem virksomheder, som er konkurrenter, be-

*grænser konkurransen, hvis de deltagende virksomheder hver for sig ikke kan udføre en bestemt ordre.*¹⁴⁷

Tvert om vil et prosjektsamarbeid i denne sammenheng kunne muliggjøre at foretakene i det hele tatt får anledning til å inngi anbud. Det blir flere deltakere i anbudskonkurransen enn det ville ha vært uten prosjektsamarbeidet. Kanskje ville anbudsutlyser uten samarbeidet ikke ha fått inn noen anbud i det hele tatt. Et samarbeid mellom foretak som ikke på egenhånd kan realisere et prosjekt og som fører til inngivelse av ett, felles tilbud, bør derfor ikke finnes å ha til formål å begrense konkurransen.

I noen tilfeller har det blitt uttalt at det oppstilles et *unntak* fra konkurranseloven § 10 (1), dersom det er nødvendig å samarbeide for å være i stand til å inngi tilbud i en anbudskonkurranse.¹⁴⁸ Dette må forstås slik at det ikke er et egentlig unntak som oppstilles, men at et slikt samarbeid normalt ikke anses å ha konkurransebegrensende virkninger.

6.3.2.3 Ett av foretakene har mulighet til å fullføre prosjektet på egenhånd

Situasjonen er at ett av foretakene har mulighet til å fullføre det aktuelle prosjektet på egenhånd (A), mens et annet foretak ikke har mulighet til det (B). Årsaken til at B ikke har mulighet til å fullføre prosjektet på egenhånd, kan for eksempel være at B ikke opererer i det markedet som prosjektet gjelder eller at B ikke har tilstrekkelige ressurser til å fullføre prosjektet. Det inngis derfor et felles anbud fra foretak A og foretak B, basert på en underleveranseavtale. Spørsmålet er hvordan et slikt samarbeid må vurderes under formålsalternativet.

Samarbeidet mellom A og B er ikke et samarbeid som i seg selv typisk vil ha til formål å begrense konkurransen. Et slikt samarbeid kan tvert om tenkes ha positive virkninger, ved at foretak B for eksempel tilfører gjennomføringen av prosjektet en dimensjon som ikke ville ha vært mulig dersom A alene hadde inngitt tilbud. B kan for eksempel tenkes å tilføre prosjektet spesialkunnskap eller mer effektiv gjennomføring. Dersom slike samarbeider skulle ha vært ulovlige, ville det ha hindret en aktør som kunne ha gjennomført et prosjekt på egen-

¹⁴⁷ Vedtak 88/568/EØF Eurotunnel, premiss 17 a).

¹⁴⁸ Se for eksempel TFOLL-2011-20508, side 10.

hånd, å benytte seg av underleverandører for å heve kvaliteten på prosjektet. Det ville ha vært svært negativt for små og mindre etablerte foretak.

Inngivelse av felles anbud, hvor bare ett av foretakene har mulighet til å fullføre prosjektet på egenhånd, reduserer dessuten ikke antall deltakere i en anbudskonkurranse. Det ene foretaket ville jo ikke på egenhånd ha kunnet inngi anbud. I tingrettsdommen om Ski og Follo Taxi uttales det at ”[d]et vil være vanskelig å komme til at to tilbydere er faktiske eller potensielle konkurrenter dersom den ene av de to ikke selv har mulighet til å inngi tilbud”.¹⁴⁹

Konkurransetilsynet ser ut til å være enig i dette. Det uttales i Konkurransetilsynets siste veiledning at ”et samarbeid om et felles anbud mellom to foretak der kun ett av foretakene kan gjennomføre prosjektet alene må vurderes nærmere”.¹⁵⁰ Det sies i alle fall ikke uttrykkelig at et samarbeid der ett av foretakene kan gjennomføre prosjektet alene har konkurransebegrensende formål. I en betenkning fra Hjelmeng og Staahl Gabrielsen uttales det at de konkurransemessige virkningene av et slikt samarbeid er usikre.¹⁵¹ Arkitektbedriftene har dessuten et poeng som trekker i retning av at slike samarbeider ikke bør anses å ha til formål å begrense konkurransen. De understreker i en høringsuttalelse i forkant av den nye veiledningen at hvor kun den ene parten i et samarbeid kan løfte et prosjekt på egenhånd, kan prosjektsamarbeid

*ha positiv effekt på konkurransesituasjonen ved at de som ikke kan gi tilbud alene kan få tilgang til markedet ved å alliere seg med en bedrift som kunne ha inngitt tilbud alene. Flere utarbeider seg på denne måten kompetanse til å delta i senere konkurranser, noe som gir styrket konkurranse.*¹⁵²

Hvor det inngis felles tilbud i en anbudskonkurranse og bare ett av foretakene har mulighet til å fullføre prosjektet på egenhånd, bør et samarbeid ikke finnes å ha til formål å begrense konkurransen. Dermed må det i slike tilfeller foretas en konkret vurdering av om samarbeidet har konkurransebegrensende virkninger i markedet.

¹⁴⁹ TFOLL-2011-20508, s. 11.

¹⁵⁰ Konkurransetilsynets veiledning om prosjektsamarbeid (2014), avsnitt 42.

¹⁵¹ Hjelmeng, Gabrielsen (2011) s. 14–15.

¹⁵² Arkitektbedriftenes bemerkninger til utkast til veiledning om prosjektsamarbeid (2012), s. 1.

7 Anbuds- og prosjektsamarbeid - konkurransbegrensende virkning

7.1 Oversikt

Dersom et samarbeid ikke finnes å ha konkurransbegrensende formål, må det vurderes hvorvidt samarbeidet har konkurransbegrensende virkninger i markedet. Anbuds- og prosjektsamarbeid, vil som vist i kapittel 2 både kunne ha negative og positive virkninger på konkurransen. Ofte vil man derfor ikke ut fra erfaring kunne slå fast at anbuds- og prosjektsamarbeid generelt har konkurransbegrensende formål. Det bør dermed i de aller fleste tilfeller foretas en konkret vurdering av om et samarbeid er konkurransbegrensende.

Det må ved hjelp av en økonomisk analyse, undersøkes hvorvidt samarbeidet faktisk eller potensielt begrenser konkurransen.¹⁵³ Utgangspunktet må være en sammenligning av budgivning med og uten samarbeid, og deretter en vurdering av om samarbeidet gir mindre intens konkurranse enn hva som ville ha vært tilfellet uten samarbeidet.¹⁵⁴ Når det gjelder prosjektsamarbeid, vil det enkelte prosjekt eller den enkelte kontrakt, være utgangspunktet for virkningsvurderingen.¹⁵⁵

Da potensiell virkning på konkurransen er tilstrekkelig,¹⁵⁶ er det ikke en forutsetning for å konstatere konkurransbegrensende virkning at de samarbeidende foretak har vunnet anbuds-konkurransen.¹⁵⁷

I det følgende vil det ses hen til samarbeider hvor det må foretas en virkningsvurdering for å avgjøre hvorvidt et samarbeid er i strid med konkurranseloven § 10. Samarbeider som klart har til formål å begrense konkurransen, vil ikke behandles i kapittel 7. I kapittel 7 vil det først

¹⁵³ Sag C-7/95 P John Deere mod Kommissionen, premiss 76.

¹⁵⁴ Hjelmeng, Gabrielsen (2011) s. 5.

¹⁵⁵ Konkurransetilsynets veiledning om prosjektsamarbeid (2014) avsnitt 28.

¹⁵⁶ Sag C-7/95 P John Deere mod Kommissionen, premiss 77.

¹⁵⁷ Men det kan stilles spørsmål ved om konkurransemyndighetene ville ha grepet inn i et tilfelle hvor de ikke finner at et samarbeid har til formål å begrense konkurransen og de samarbeidende foretak overhodet ikke får tilslag i anbudskonkurransen.

ses hen til samarbeidstyper hvor de samarbeidende foretak er konkurrenter og deretter til samarbeidstyper hvor de samarbeidende foretak ikke er konkurrenter. Dette gjøres for nærmere å kunne belyse hvordan konkurranseloven § 10 skal tolkes og anvendes på ulike former for anbuds- og prosjektsamarbeid.

7.2 Samarbeid mellom konkurrenter

7.2.1 Oversikt

I punkt 7.2 vil samarbeider mellom konkurrenter analyseres under virkningsalternativet. Med konkurrenter menes her i tråd med kapittel 5 de tilfeller hvor det inngis ett, felles anbud fra foretak som har anledning til å fullføre et prosjekt på egenhånd, samt de tilfeller hvor det basert på et samarbeid inngis flere, separate tilbud i en anbudskonkurranse.

Det vil først ses hen til de tilfeller hvor det basert på et samarbeid inngis ett, felles anbud, og deretter på de tilfeller hvor samarbeidet resulterer i inngivelse av flere, separate anbud.

7.2.2 Inngivelse av ett felles anbud

Situasjonen er at det inngis ett, felles anbud, fra foretak som i utgangspunktet kunne ha realisert prosjektet på egenhånd. Spørsmålet er hvordan et slikt samarbeid må vurderes under virkningsalternativet.

Dersom to foretak, som på egenhånd kunne ha realisert prosjektet, inngir felles tilbud i en anbudskonkurranse, vil det føre til at usikkerheten om den andre vil delta i anbudskonkurransen forsvinner. Allerede dét vil kunne være negativt for konkurransen og kunne føre til at et samarbeid finnes å ha konkurransebegrensende virkninger.¹⁵⁸ Et slikt samarbeid vil dessuten føre til at antallet faktiske konkurrenter i anbudskonkurransen reduseres.¹⁵⁹ Antallet faktiske konkurrenter reduseres uavhengig av om samarbeidet skjer åpent eller skjult. Ved horisontale samarbeider mellom konkurrerende foretak, fjernes en konkurrent fra anbudskonkurransen, slik at markedskonsentrasjonen økes. Men som påpekt i fremstillingens punkt 6.2.2, behøver

¹⁵⁸ Hjelmeng, Gabrielsen (2011) s. 15.

¹⁵⁹ Hjelmeng, Gabrielsen (2011) s. 3.

det ikke være entydig negativt at antallet bud i en anbudskonkurranse reduseres. Det viktigste for anbudsutlyser må være om de bud som kommer inn er kompetitive.

Eksklusivitetsavtaler vil kunne føre til at et samarbeid finnes å ha til virkning å begrense konkurransen. Det vil kunne være tilfellet dersom en samarbeidsavtale mellom foretak A og foretak B ekskluderer A eller B fra å samarbeide med en kanskje mer effektiv C, og C ikke har mulighet til å inngi tilbud på egenhånd. Da vil C ekskluderes fra å inngi tilbud, og anbudsutlyser vil kunne gå glipp av et kvalitativt bedre anbud enn tilbudet fra A og B.

Ved inngivelse av ett, felles tilbud i en anbudskonkurranse, må det nødvendigvis utveksles noe informasjon. Innledende informasjonsutveksling trenger ikke nødvendigvis å ha konkurransebegrensende virkninger. Formålet med informasjonsutvekslingen kan for eksempel være å undersøke om det kan være muligheter for samarbeid om felles bud.¹⁶⁰ Hadde det ikke vært mulig med informasjonsutveksling her, ville allerede utveksling av opplysninger ha satt en stopper for samarbeider som vil kunne være gunstige for konkurransen. Noe informasjonsutveksling må derfor godtas. Det avgjørende må være hvorvidt informasjonsutvekslingen er begrenset.¹⁶¹

I forbindelse med informasjonsutveksling er det en fare for at det oppstår spillovereffekter. Det må derfor vurderes hvorvidt spillovereffekter vil kunne føre til at et samarbeid finnes å ha konkurransebegrensende virkninger. Med spillovereffekter tenkes det i denne sammenheng på at et samarbeid kan ha virkninger utover det som er tenkt.¹⁶² Det må vurderes hvorvidt et lovlig samarbeid øker risikoen for at partene vil opptre koordinert i andre sammenhenger, ved at det gis kjennskap til den samarbeidende aktørens kalkyler, kostnader og kapasitet. Hvor markedet fra før av er preget av gjennomsiktighet og få aktører, ligger det særlig til rette for at et samarbeid kan få virkninger utover den aktuelle anbudskonkurransen.¹⁶³ Det er derfor viktig

¹⁶⁰ Hjelmeng, Gabrielsen (2011) s. 24.

¹⁶¹ Konkurransetilsynets veiledning om prosjektsamarbeid (2014) avsnitt 57.

¹⁶² Konkurransetilsynets veiledning om prosjektsamarbeid (2014) avsnitt 47.

¹⁶³ Konkurransetilsynets veiledning om prosjektsamarbeid (2014), avsnitt 47.

at foretakene iverksetter tiltak som forhindrer all informasjonsutveksling som ikke er strengt nødvendig for å gjennomføre et konkret prosjekt.¹⁶⁴

7.2.3 Inngivelse av flere separate anbud

7.2.3.1 Oversikt

Situasjonen er at et samarbeid ikke fører til at det inngis ett, felles tilbud i en anbudskonkurranse, men at det basert på et samarbeid inngis flere, separate tilbud. De foretak som inngir tilbud, er som fastslått i fremstillingens kapittel 5, å anse som konkurrenter i den aktuelle anbudskonkurransen, i det det inngis tilbud.

I det følgende vil det forhold at det inngis flere, separate tilbud i en anbudskonkurranse, analyseres under virkningsalternativet i konkurranseloven § 10. Det vil først ses hen til de tilfeller hvor samtlige foretak i samarbeidet har mulighet til å fullføre prosjektet på egenhånd. Deretter vil det ses hen til de tilfeller hvor ingen av foretakene eller kun ett av foretakene i samarbeidet har mulighet til å fullføre prosjektet på egenhånd.

7.2.3.2 Alle foretak har mulighet til å fullføre prosjektet på egenhånd

Situasjonen er at de samarbeidende foretak alle har mulighet til å fullføre det aktuelle prosjektet på egenhånd. Det inngis flere bud, basert på samarbeidet. For eksempel opptrer aktørene som underleverandører for hverandre, enten gjensidig eller ensidig. Spørsmålet er hvordan et slikt samarbeid må vurderes under virkningsalternativet.

I likhet med det som er sagt i punkt 7.2.2, vil eksklusivitetsavtaler mellom de samarbeidende foretak også her kunne gjøre at et samarbeid har konkurransebegrensende virkninger.

Det samme vil utveksling av informasjon kunne gjøre. Et samarbeid må ikke gå lengre enn nødvendig.¹⁶⁵ Hvis partene inngår et samarbeid må det derfor vurderes hvorvidt informasjonsutvekslingen har vært begrenset til kun det som er nødvendig for inngåelsen av et samarbeid. Utveksler foretakene de fullstendige tilbud de vil inngi i en anbudskonkurranse, vil sam-

¹⁶⁴ Konkurransetilsynets veiledning om anbuds- og prosjektsamarbeid (2008) s. 11.

¹⁶⁵ Kommisjonens retningslinjer for horisontalt samarbeid, avsnitt 30.

arbeidet kunne finnes å ha til formål å begrense konkurransen. Men for at foretakene skal kunne inngå underleveranseavtaler, og være i stand til å inngi riktig pris i en anbudskonkurranse, må det nødvendigvis utveksles visse opplysninger. Det må for eksempel normalt kunne innhentes priser fra underleverandøren. Det vil som utgangspunkt ikke ha konkurransebegrensende virkninger om partene helt uavhengig av hverandre bestemmer seg for å innhente priser på underleveranser.¹⁶⁶

Utteksling av offentlige opplysninger vil som utgangspunkt ikke være i strid med konkurranse-loven § 10. Men det kan ikke utelukkes helt at slik informasjonsutveksling etter en konkret vurdering finnes å ha konkurransebegrensende virkninger.¹⁶⁷ Informasjonen er ”offentlig” dersom opplysningene er tilgjengelig for alle konkurrenter, samt kundene. Det at opplysningene utveksles offentlig, kan minske sannsynligheten for hemmelig samordning.

Fare for spillovereffekter vil også her kunne gjøre at et samarbeid anses å ha konkurransebegrensende virkninger.¹⁶⁸

Informasjonsutveksling som skjer i etterkant av en anbudskonkurranse, for eksempel i sammenheng med en underleveranseavtale, vil som utgangspunkt ikke ha konkurransebegrensende virkninger.¹⁶⁹ Men i mange tilfeller vil det da kanskje være vanskelig å delta i en anbuds-konkurranse i det hele tatt.

7.2.3.3 Ingen av foretakene har mulighet til å fullføre prosjektet på egenhånd

Situasjonen er at det basert på et samarbeid inngis flere, separate tilbud i en anbudskonkurranse, fra foretak som ikke på egenhånd har mulighet til å fullføre prosjektet. Foretakene ville ikke ha deltatt i anbudskonkurransen uten samarbeidet. Det aktuelle samarbeidet kan for eksempel gå ut på gjensidige underleveranser. Ved innleveringen av hver sine anbud blir foreta-

¹⁶⁶ Konkurransetilsynets veiledning om prosjektsamarbeid (2014) avsnitt 57.

¹⁶⁷ Kommisjonens retningslinjer for horisontalt samarbeid avsnitt 94, Konkurransetilsynets veiledning om informasjonsutveksling på drivstoffmarkedet (2014) avsnitt 19.

¹⁶⁸ Konkurransetilsynets veiledning om prosjektsamarbeid (2014) avsnitt 47.

¹⁶⁹ Konkurransetilsynets utkast til veiledning om prosjektsamarbeid (2012) avsnitt 55.

kene faktiske konkurrenter i anbudsprosessen.¹⁷⁰ Spørsmålet er hvordan et slikt samarbeid må vurderes under virkningsalternativet.

Konkurransebegrensende virkning vil kunne anses å foreligge i forbindelse med utveksling av informasjon. Innledende informasjonsutveksling vil normalt ikke ha konkurransebegrensende virkninger. Informasjonsutveksling under selve samarbeidet vil kunne ha konkurransebegrensende virkninger dersom opplysningene ikke er strengt nødvendig for samarbeidet.¹⁷¹ I forbindelse med utveksling av informasjon, vil også faren for spillovereffekter kunne gjøre at et samarbeid finnes å ha konkurransebegrensende virkninger.¹⁷²

7.2.3.4 Ett av foretakene har mulighet til å fullføre prosjektet på egenhånd

Situasjonen er at ett av foretakene i et samarbeid har mulighet til å fullføre det aktuelle prosjektet på egenhånd (A), mens et annet foretak (B) ikke har mulighet til det. Begge leverer inn anbud. A inngir et selvstendig anbud, mens B inngir anbud basert på underleveranser fra A. Spørsmålet er hvordan et slikt samarbeid må vurderes under virkningsalternativet.

Et samarbeid kan finnes å ha konkurransebegrensende virkning dersom A eksklusivt binder opp B, slik at B elimineres fra et mulig samarbeid med andre foretak. Slik eliminasjon vil kunne være negativt for konkurransen, da det kan føre til at antallet anbud blir redusert. Enda viktigere er det at eksklusivitetsavtaler kan føre til at man går glipp av bud som ville ha vært mer konkurransedyktige enn budene fra A og B.

Også her vil informasjonsutveksling, dersom utvekslingen av opplysninger går lengre enn hva som er nødvendig for samarbeidet, kunne gjøre at et samarbeid finnes å ha konkurransebegrensende virkninger.¹⁷³ Spillovereffekter i forbindelse med informasjonsutveksling vil også kunne gjøre at et samarbeid anses å ha konkurransebegrensende virkninger i markedet.¹⁷⁴

¹⁷⁰ Hjelmeng, Gabrielsen (2011) s. 17.

¹⁷¹ Kommisjonens retningslinjer for horisontalt samarbeid, avsnitt 30.

¹⁷² Konkurransetilsynets veiledning om prosjektsamarbeid (2014) avsnitt 47.

¹⁷³ Kommisjonens retningslinjer for horisontalt samarbeid, avsnitt 30.

¹⁷⁴ Konkurransetilsynets veiledning om prosjektsamarbeid (2014) avsnitt 47.

7.3 Samarbeid mellom foretak som ikke er konkurrenter

7.3.1 Oversikt

I punkt 7.3 vil samarbeider mellom foretak som ikke er konkurrenter analyseres under virkningsalternativet i konkurranseloven § 10. Med foretak som ikke er konkurrenter menes her i tråd med kapittel 5 de tilfeller hvor det inngis felles tilbud i en anbudskonkurranse, basert på et samarbeid mellom foretak hvor ingen eller kun ett av foretakene har anledning til å fullføre et prosjekt på egenhånd.

Samarbeid mellom foretak som ikke er konkurrenter, vil slik konkurrentbegrepet er fastlagt i kapittel 5, bare forekomme hvor det inngis felles anbud.

7.3.2 Inngivelse av ett felles anbud

7.3.2.1 Oversikt

I dette punktet vil først de tilfeller der ingen av foretakene i et samarbeid har mulighet til å fullføre et prosjekt på egenhånd behandles, og deretter vil de tilfeller hvor ett av foretakene i samarbeidet har mulighet til å fullføre prosjektet på egenhånd behandles.

7.3.2.2 Ingen av foretakene har mulighet til å fullføre prosjektet på egenhånd

Situasjonen er at det inngis ett, felles anbud, av foretak som ikke kunne ha løftet prosjektet på egenhånd. Spørsmålet er hvordan et slikt samarbeid må vurderes under virkningsalternativet.

At et slikt samarbeid har konkurransebegrensende virkninger kan være tilfellet dersom flere foretak enn nødvendig samarbeider. Konkurransetilsynet fremholder at

selv om de enkelte foretakene ikke kan gjennomføre prosjektet alene, vil det normalt foreligge et ulovlig samarbeid dersom flere enn to foretak samarbeider i en situasjon hvor det er tilstrekkelig at bare to av foretakene samarbeider, og liknende situasjoner hvor flere foretak samarbeider.¹⁷⁵

¹⁷⁵ Konkurransetilsynets utkast til veiledning om prosjektsamarbeid (2012), avsnitt 47.

Dersom foretak C og foretak D blir med i et samarbeid mellom foretak A og foretak B, vil man redusere antall mulige anbydere, og dermed kanskje gå glipp av presumptivt bedre anbud. Det beste for konkurransen er da om foretak A og foretak B inngir et felles anbud, og foretak C og foretak D innleverer et eget felles anbud.

Situasjonen kan også være at partene i samarbeidet ikke har anledning til å by på hele prosjektet alene, bare deler av det, men går sammen om å by på hele prosjektet. Hvor det åpnes for at det kan bys på deler av et prosjekt, vil det kunne være konkurransebegrensende dersom foretak som kan gjennomføre deler av prosjektet går sammen i et samarbeid. Da blir det i utgangspunktet en reduksjon av antall tilbydere. På den andre siden er det ikke sikkert at de samarbeidende foretak kunne ha bydd på de samme delene i prosjektet. I så fall blir det ingen reduksjon av antall tilbydere. Videre kan det i mange sammenhenger være en fordel for anbudsutlyser at det kommer inn bud på hele det samlede prosjekt. Dermed vil det ikke nødvendigvis ha konkurransebegrensende virkninger dersom partene går sammen om å by på hele prosjektet, i stedet for å inngi bud på deler av prosjektet på egenhånd.

Informasjonsutveksling utover det som er nødvendig for samarbeidet vil kunne føre til at samarbeidet anses å ha konkurransebegrensende virkninger i markedet.¹⁷⁶ Det samme vil være tilfellet dersom det er mulighet for spillovereffekter.¹⁷⁷

7.3.2.3 Ett av foretakene har mulighet til å fullføre prosjektet på egenhånd

Situasjonen er at ett av foretakene har mulighet til å fullføre prosjektet på egenhånd (A), mens et annet foretak ikke har mulighet til det (B). Det inngis et felles tilbud i en anbudskonkurranse fra foretak A og foretak B, basert på en underleveranseavtale. Spørsmålet er hvordan et slikt samarbeid må vurderes under virkningsalternativet.

Et samarbeid vil kunne ha konkurransebegrensende virkninger dersom foretak B uttrykkelig eller underforstått er bundet eksklusivt til kun å samarbeide med foretak A. Da vil et foretak C, som forutsettes at heller ikke kan fullføre prosjektet på egenhånd, bli eliminert fra konkurransen, ved at et samarbeid med foretak B er utelukket. Samarbeidet mellom A og B vil da

¹⁷⁶ Kommisjonens retningslinjer for horisontalt samarbeid, avsnitt 30.

¹⁷⁷ Konkurransetilsynets veiledning om prosjektsamarbeid (2014) avsnitt 47.

kunne føre til at det blir færre tilbydere i anbudskonkurransen, og enda viktigere, at man kan kunne komme til å gå glipp av tilbud som er mer konkurransedyktige enn budet fra A og B. For at samarbeidet skal stenge C ute fra anbudskonkurransen, er det en forutsetning at samarbeidet mellom B og C utgjør en nevneverdig trussel for A. Av betydning vil det også være hvorvidt C kan finne andre enn B å samarbeide med.¹⁷⁸ På den andre siden kan det være problematisk om en underleverandør inngår avtaler med flere hovedentreprenører. Det vil nødvendigvis måtte utveksles opplysninger mellom underleverandøren og entreprenørene. Informasjonsutvekslingen vil kunne føre til at markedet bli mer gjennomskiktig, og kan tilrettelegge for en koordinering mellom entreprenørene. Slik kan en eksklusivitetsavtale i noen tilfeller være mindre konkurranseskadelig enn om underleverandøren samarbeider med flere.

Et samarbeid om et felles anbud mellom to foretak der kun ett av foretakene kan gjennomføre prosjektet alene, vil kunne ha konkurransebegrensende virkninger dersom det foregår informasjonsutveksling utover det som er nødvendig for samarbeidet.¹⁷⁹ Det samme vil være tilfellet dersom det er mulighet for spillovereffekter.¹⁸⁰

¹⁷⁸ Hjelmeng, Gabrielsen (2011) s. 13 og 14.

¹⁷⁹ Kommisjonens retningslinjer for horisontalt samarbeid, avsnitt 30.

¹⁸⁰ Konkurransetilsynets veiledning om prosjektsamarbeid (2014) avsnitt 47.

8 Merkbarehetskriteriet

Merkbarehetskravet gjelder både for samarbeider med konkurransebegrensende formål og for samarbeider med konkurransebegrensende virkning. Det må som nevnt i punkt 3.4.4 foretas en konkret helhetsvurdering hvor ”konkurransebegrensningens karakter, aktørenes størrelse og markedsforholdene vil være sentrale momenter”.¹⁸¹

Dermed må det først ses hen til ”konkurransebegrensningens karakter”. Konkurransebegrensningens karakter er typisk mer alvorlig ved samarbeider som finnes å ha til formål å begrense konkurransen, enn ved samarbeider med konkurransebegrensende virkning. Overtredelsens art og skadepotensiale tilsier at merkbarehetskravet normalt vil være oppfylt hva gjelder formålsovertredelser.¹⁸² Når det gjelder samarbeid som har til formål å begrense konkurransen, skal det derfor svært lite til for at merkbarehetskravet er oppfylt.

Deretter er må det ses hen til ”aktørenes størrelse” i den aktuelle anbudskonkurransen. For samarbeider som har konkurransebegrensende virkning kommer bagatellmeddelelsen til anvendelse. Horisontalt samarbeid med konkurransebegrensende virkning anses bare å ha merkbar påvirkning på konkurransen dersom de samarbeidende foretaks markedsandeler overstiger 10 %.¹⁸³ Bagatellmeddelelsen kommer ikke til anvendelse på formålsovertredelser. I formålstilfellene må det derfor foretas en konkret vurdering av om aktørenes markedsandeler i en anbudskonkurranse er høye nok til at merkbarehetskravet er oppfylt.

Endelig må det for å vurdere om merkbarehetskravet er oppfylt, ses hen til ”markedsforholdene”. Viktige momenter i den sammenheng er særlig hvorvidt det er enkelt å etablere seg i markedet og hvorvidt markedet er gjennomsluktig. I saken om Ski og Follo Taxi, uttalte for eksempel Follo Tingrett at det var et reelt og betydelig konkurransepress i markedet.¹⁸⁴ Ved samarbeider som har konkurransebegrensende virkning, er det allerede ved virkningsvurderingen foretatt en markedsanalyse, og det er i disse tilfellene tilstrekkelig at det ses hen til

¹⁸¹ NOU 2012:7 Mer effektiv konkurranselov s. 22.

¹⁸² Sag C-226/11 Expedia Inc. mod Autorité de la concurrence m. flere, premiss 37, Konkurransetilsynets veiledning om prosjektsamarbeid (2014) avsnitt 30.

¹⁸³ Kommisjonens bagatellmeddelelse (2001) art 7.

¹⁸⁴ TFOLL-2011-20508, s. 18.

denne. På grunn av merkbarhetskravet må det også i formålstilfellene foretas en viss markedsanalyse.

Med grunnlag i en vurdering av disse momentene, vil det kunne slås fast hvorvidt merkbarhetskravet er oppfylt i en konkret sak.

9 Konkurranseloven § 10 (3)

Konkurranseloven § 10 (3) er en unntaksbestemmelse, som foretak kan gjøre gjeldende overfor et samarbeid som er funnet i strid med konkurranseloven § 10 (1). Dersom et konkurransebegrensende samarbeid fører til mer effektiv ressursbruk enn om foretakene opptrer på egenhånd, må samarbeidet være lovlig.

TEUF art 101 (3) skiller ikke mellom avtaler med konkurransebegrensende formål og avtaler med konkurransebegrensende virkning. Bestemmelsen får anvendelse på alle avtaler som oppfyller de fire kumulative vilkårene.¹⁸⁵ Men Kommisjonen har uttalt at det ikke er sannsynlig at vilkårene er oppfylt dersom det er tale om alvorlige konkurransebegrensninger.¹⁸⁶ Det samme må kunne sies å gjelde for konkurranseloven § 10 (3). Konkurransetilsynet slår fast i sin veiledning at prosjektsamarbeid med konkurransebegrensende formål normalt ikke oppfyller unntaksvilkårene i § 10 (3).¹⁸⁷ Det sies også i vedtaket om Ski og Follo Taxi at det for formålsrestriksjoner skal svært mye til for at vilkårene i tredje ledd er oppfylt.¹⁸⁸

Det første vilkåret som må være oppfylt for at et samarbeid skal være lovlig med grunnlag i konkurranseloven § 10 (3), er at den konkurransebegrensende avtale ”bidrar til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling”. Samarbeidet må med andre ord ha effektivitetsgevinster, i form av færre omkostninger eller høyere merverdi for forbrukerne, så som for eksempel stordriftsfordeler eller kvalitativt bedre produkter eller tjenester. Det er et stort mangfold av aktuelle effektivitetsgevinster. I Ski og Follo Taxi påberoper de samarbeidende parter seg for eksempel at

*samarbeidet har medført effektivitetsgevinster i form av risikoavlastning, bedre utnyttelse av bilene, økt fleksibilitet, redusert bøterisiko og miljø- og samfunnsmessige gevinster.*¹⁸⁹

¹⁸⁵ Sag T-17/93 Matra Hachette SA mod Kommissionen, premiss 85, Kommisjonens retningslinjer for anvendelsen av art. 81 (3), avsnitt 20.

¹⁸⁶ Kommisjonens retningslinjer for anvendelsen av art. 81 (3), avsnitt 46.

¹⁸⁷ Konkurransetilsynets veiledning om prosjektsamarbeid (2014) avsnitt 66.

¹⁸⁸ Konkurransetilsynets vedtak V2011-12 Ski og Follo Taxi, avsnitt 124.

¹⁸⁹ TFOLL-2011-20508, s. 7.

Det andre vilkåret som må være oppfylt for at et samarbeid skal være tillatt etter § 10 (3) er at forbrukerne må sikres ”en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd”. Det må i denne sammenheng innebære at anbudsprisen blir lavere som følge av samarbeidet, eller i alle fall ikke høyere enn uten samarbeidet. Eventuelt må det innebære at innholdet i anbudet er av høyere kvalitet enn det ville ha vært uten samarbeidet.¹⁹⁰

Videre må samarbeidet for å være lovlig med grunnlag i konkurranseloven § 10 (3) være ”absolutt nødvendig”. Dermed må det spørres hvorvidt partene kunne ha oppnådd de samme effektivitetsgevinstene uten samarbeidet, eventuelt med et mindre begrensende samarbeid. Der- som det er tilfellet, vil samarbeidet ikke være lovlig med grunnlag i konkurranseloven § 10 (3). Ordlyden ”absolutt”, trekker i retning av at samarbeidet må ha vært strengt nødvendig.

Endelig må samarbeidet ikke føre til at foretakene gis ”mulighet til å utelukke konkurransen for en vesentlig del av de varer det gjelder”. Det må altså være igjen en viss grad av restkonkurranse. Om konkurransen på markedet allerede før samarbeidet var begrenset, vil selv et mindre konkurransebegrensende samarbeid kunne få betydelige følger for konkurransen. Ved vurderingen av om det er konkurranse igjen i markedet, vil konkurranseparameterne partene har lagt begrensninger på, særlig være av betydning. Avtaler om pris og markedsdeling vil kunne få alvorlige følger for konkurransen for lang til fremover. Også hvilken markedsstyrke de samarbeidende aktører har og den markedsstyrke de som står utenfor samarbeidet har, vil være relevant. Det må også ses hen til hvorvidt det finnes potensielle konkurrenter. I den sammenheng vil særlig vurderinger av markedsbarrierene være relevante.¹⁹¹

Gruppeunntaket for spesialiseringsavtaler fritar på visse vilkår samarbeid om for eksempel felles produksjon.¹⁹² Et samarbeid som tilfredsstiller forskriftens krav, vil være fritatt uavhengig av hvilket typetilfelle samarbeid det er tale om. Konkurransetilsynet er av den oppfatning at felles inngivelse av anbud normalt ikke anses dekket av forskriftens anvendelsesområ-

¹⁹⁰ Hjelmeng, Gabrielsen (2011) s. 11.

¹⁹¹ Norsk konkurranserett (2007) s. 338, 339.

¹⁹² Forskrift om anvendelse av konkurranseloven § 10 (3) på visse grupper av spesialiseringsavtaler av 20.4.2012 nr. 343. Se spesielt § 2 (1) jf. § 1 bokstav a og d.

de.¹⁹³ Det finnes få eller ingen kilder som vurderer dette forholdet, og det vil føre for langt å greie ut om rettstilstanden her.

¹⁹³ Konkurransetilsynets veiledning om prosjektsamarbeid (2014) avsnitt 69.

10 Avslutning

Den rettslige analysen av hvordan konkurranseloven § 10 skal tolkes og anvendes på ulike former for anbuds- og prosjekt samarbeid, har vist at det først og fremst er de mest alvorlige former for samarbeid som bør anses å ha konkurransebegrensende formål. For å avgjøre om andre typer samarbeider er ulovlige, bør det foretas en konkret vurdering av om samarbeidet har konkurransebegrensende virkninger i markedet.

Dessuten viser analysen av hvordan konkurranseloven § 10 skal tolkes og anvendes på ulike former for anbuds- og prosjektsamarbeid, at et samarbeid som fører til at antallet bud i en anbudskonkurranse reduseres, ikke nødvendigvis er negativt for konkurransen. Et høyt antall bud er ikke ensbetydende det beste for konkurransen. Samarbeider som reduserer antall bud i en anbudskonkurranse, kan gi mer konkurransedyktige bud. Formålet med en anbudskonkurranse er jo best mulig vilkår for anbudsutlyser. Det viktigste for anbudsutlyser er at kvaliteten på de tilbudene som kommer inn er gode, ikke kvantitativt hvor mange tilbud som kommer inn.

Et problem med Konkurransetilsynets tilnærming til anbuds- og prosjektsamarbeid, kan være at kategorien ”samarbeid med konkurransebegrensende formål” er tolket for vidt, samtidig som det holdes fast ved den tradisjonelt snevre forståelsen av konkurranseloven § 10 (3). Det er foretakene som er ansvarlige for å bevise at vilkårene i konkurranseloven § 10 (3) er oppfylt. Opererer man med en for vid kategori av samarbeider med konkurransebegrensende formål, vil mye av ansvaret legges på foretakene, som må motbevise at samarbeidet er ulovlig. Med en slik rettsoppfatning vil man kunne gå glipp av samarbeider som er gunstige for samfunnet.

En konkret vurdering av om et samarbeid er konkurransebegrensende, er ikke helt uproblematisk. Det at hver sak må vurderes for seg, samt at foretakene på egenhånd må vurdere eventuelle samarbeider opp mot konkurranseloven § 10, vil kunne være uforutsigbart for foretakene. Det vil være et stort behov for juridisk bistand.

For å få med små og mellomstore foretak i anbudskonkurranser, bør det legges opp til at anbudskonkurransene deles mer opp, slik at mindre etablerte foretak får mulighet til å inngi til-

bud på deler av et prosjekt.¹⁹⁴ Alternativet er at det i større grad enn det Konkurransetilsynet legger opp til i dag, må tilrettelegges for samarbeid.

¹⁹⁴ Dette legges det nå opp til i de tre nye EU-direktivene om offentlige anskaffelser i klassisk sektor, forsyningssektorene samt konsesjonskontrakter, publisert i EU Tidende 28.3.2014. De nye reglene tar sikte på å legge bedre til rette for at små og mellomstore bedrifter skal ha mulighet til å få oppdrag for det offentlige.

11 Kildeliste

Lover og forskrifter

1992	Lov 27 nov 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)
1993	Lov 11 juni 1993 nr. 65 om konkurranse i ervervsvirksomhet [opphevet]
1999	Lov 16 juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser
2004	Lov 5 mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven)
2012	Forskrift 20.4.2012 nr. 343 om anvendelse av konkurranseloven § 10 (3) på visse grupper av spesialiseringsavtaler

Avtaler og traktater

EØS-avtalen	Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde. Inntatt i Lov 27 nov 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).
TEUF	Konsolidert udgave af Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde. C-115/47, 9.5.2008

Forarbeider

NOU 2003: 12	Ny konkurranselov
NOU 2012: 7	Mer effektiv konkurranselov

Ot. prp. nr. 6 (2003–2004)	A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) B) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)
-------------------------------	---

Avgjørelser fra EU-domstolen

Forenede sager C-56/64, C-58/64	Établissements Consten S. à r. l. og Grundig-Verkaufs-GMBH m. fl. Saml. dansk specialudgave s. 245
Sag 56-65	Société Technique Minière mod Maschinenbau Ulm GmbH. Saml. dansk specialudgave s. 211
Sag 23/67	S.A. Brasserie de Haecht mod Wilkin-Janssen. Saml. dansk specialudgave s. 421
Sag 5-69	Franz Völk mod Ets. J. Vervaecke SPRL. Saml. 1969 s. 295
Sag C-41/69	ACF Chemiefarma N.V. mod Kommissionen. Saml. 1970 s. 661
Forenede sager C-48/69 etc.	Imperial Chemical Industries plc (ICI) mod Kommissionen. Saml. 1972 s. 619
Sag 6-72	Europemballage Corporation og Continental Can Company Inc. mod Kommissionen. Saml. 1973 s. 215
Forenede sager C-40/73 etc.	Coöperatieve vereniging "Suiker Unie" UA m. fl. mod Kommissionen. Saml. 1975 s. 1633
Sag C-15/74	Centrafarm B. V. og Adriaan de Peijper mod Sterling Drug Inc. Saml. 1974 s. 1147

Sag 19/77	Miller International Schallplatten GmbH mod Kommissionen. Saml. 1978 s. 131
Forenede sager C-100-103/80	SA Musique Diffusion française (MDF) m.fl. mod Kommissionen. Saml. 1983 s. 1825
Sag C-172/80	Gerhard Züchner mod Bayerische Vereinsbank AG. Saml. 1981 s. 2021
Forenede sager C-43/82, C-63/82	Vereniging ter Bevordering van het Vlaamse Boekwezen (VBVB) og Vereeniging ter Bevordering van de Belangen des Boekhandels (VBBB) mod Kommissionen. Saml. 1984 s. 19
Sag 42/84	Remia BV m. fl. mod Kommissionen. Saml. 1985 s. 2545
Sag 161/84	Pronuptia de Paris GmbH mod Schillgalis. Saml. 1986 s. 353
Sag C-41/90	Klaus Höfner og Fritz Elser mod Macrotron GmbH. Saml. 1991 I- 1979
Sag C-199/92	Hüls AG mod Kommissionen. Saml. S. 1999 I-4287
Sag C-7/95 P	John Deere Ltd mod Kommissionen. Saml. 1998 s. I-3111
Sag C-73/95	Viho Europe BV mod Kommissionen. Saml. 1996 s. I-5457
Forenede sager C-180/98, C-184/98	Pavel Pavlov m. fl. mod Stichting Pensioenfonds Medische Specia- listen. Saml. 2000 I-06451
Forenede sager C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P, C-	GlaxoSmithKline Services Unlimited mod Kommissionen m. flere. Saml. 2009 s. I-9291

519/06 P

Sag C-49/07	Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) mod Elliniko Dimosio. Saml. 2008 s. I-4863
Sag C-209/07	Competition Authority mod Beef Industry Development Society Ltd og Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd. Saml. 2008 s. I-8637
Sag C-8/08	Sag C-8/08 T-Mobile Netherlands BV m. fl. mod Raad vaan bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit. Saml. 2009 s. I-4529
Sag C-32/11	Allianz Hungária Biztosító m. flere mod Gazdasági Versenyhivatal. Saml. 2013 [sidetall ikke kommet]
Sag C-226/11	Expedia Inc. mod Autorité de la concurrence m. flere. Saml. 2012 s. [sidetall ikke kommet]

Avgjørelser fra Førsteinstansretten

Sag T-17/93	Matra Hachette SA mod Kommissionen. Saml. 1994 s. II-595
Forenede sager T-305/94 etc	Limburgse Vinyl Maatschappij m. fl. mod Kommissionen. Saml. 1999 II-1711
Forenede sager T-374/94 etc	European Night Services Ltd m. fl. mod Kommissionen. Saml. 1998 s. II-3141
Forenede sager T-25/95 etc	Cimenteries CBR m. fl. mod Kommissionen. Saml. 2000 s. II-491
Sag T-62/98	Volkswagen AG mod Kommissionen. Saml. 2000 s. II-2707

Vedtak fra Kommisjonen

Vedtak 88/568/EØF Kommissionens beslutning af 28. oktober 1988 om en procedure i henhold til EØF-Traktatens artikel 85, Eurotunnel. EFT L 311 af 17.11.1988, s. 36–39

Norske rettsavgjørelser

Rt-2012-1556 Gran & Ekran AS

TOSLO-2009-139595 Norges Turbileierforbund

TFOLL-2011-20508 Ski og Follo Taxi

Vedtak fra Konkurransetilsynet

Vedtak V2008-1 Øre, nese, hals

Vedtak V2011-11 Icopal-Fløysland

Vedtak V2011-12 Ski og Follo Taxi

Vedtak V2013-3 Veidekke/NCC

Retningslinjer fra Kommisjonen

97/C 372/03 Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret

EF-tidende C/101/97 Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3
27.4.2004

2001/C 368/07	Meddelelse fra Kommissionen om aftaler af ringe betydning der ikke indebærer en mærkbar begrænsning af konkurrencen i henhold til artikel 81, stk. 1, i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab (bagatelaftaler)
EF-tidende C/11/2011 14.1.2011	Retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 i traktaten om den Europæiske Unions funktionsområde på horisontale samarbejdsaftaler

Retningslinjer fra Konkurransetilsynet

15.8.2008	Veiledning om anbuds- og prosjektsamarbeid
17.1.2014	Drivstoffmarkedet – veiledning om anvendelse av konkurranseloven § 10 ved informasjonsutveksling
24.2.2014	Veiledning om prosjektsamarbeid

Litteratur

Hjelmeng,	Erling, Tommy Staahl Gabrielsen, <i>Prosjektsamarbeid</i> . Juridisk/økonomisk betenkning om grensene for lovlig og ulovlig anbuds- og prosjektsamarbeid, 2011
Kolstad	Olav, Anders Ryssdal, Hans Petter Graver, Erling Hjelmeng, <i>Norsk konkurranserett – bind 1 Atferdsregler og strukturkontroll</i> , Oslo, 2007
Whish	Richard, David Bailey, <i>Competition Law</i> , 7. edition, New York, 2012

Nettsider

- Hansteen Liv Kari Skudal, Rådgivende ingeniørers forening, *Høring – utkast til ny veiledning om prosjektsamarbeid* (2012)
<http://www.konkurransetilsynet.no/PageFiles/87834/Med%20merknader/RIF.pdf>
[sitert fra Konkurransetilsynets hjemmesider 13.3.2014]
- Keiserud Erik, Merete Smith, *Advokatforeningens bemerkninger til utkast til veiledning om prosjektsamarbeid* (2012)
<http://www.konkurransetilsynet.no/PageFiles/87834/Med%20merknader/Advokatforeningen.pdf>
[sitert fra Konkurransetilsynets hjemmesider 13.3.2014]
- Kolstad Olav, *Kommentar til konkurranseloven* (2008)
http://abo.rechtsdata.no/browse.aspx?bid=direct&s_terms=konkurranse_loven&sDest=gL20040305z2D12#gN20040305z2D12z2E6
[sitert fra Gyldendal rettsdata 11.2.2014]
- Konkurransetilsynet *Utkast til veiledning om prosjektsamarbeid* (2012)
[http://www.konkurransetilsynet.no/Global/H%c3%b8ringer/Utkast%20til%20veiledning%20om%20prosjektsamarbeid%20-%206%20juni%202012%20\(2\).pdf](http://www.konkurransetilsynet.no/Global/H%c3%b8ringer/Utkast%20til%20veiledning%20om%20prosjektsamarbeid%20-%206%20juni%202012%20(2).pdf)
[sitert fra Konkurransetilsynets hjemmesider 14.1.2014]
- Konkurransetilsynet *Høringsuttalelser med merknader til utkast til veiledning om prosjektsamarbeid* (2012)
<http://www.konkurransetilsynet.no/no/Aktuelt/Nyheter/Ny-veiledning-for-prosjektsamarbeid>
[sitert fra Konkurransetilsynets hjemmesider 14.1.2014]
- Oslo Economics *Analyse av markedet for drift og vedlikehold av vei, utarbeidet for*

Statens vegvesen (2012)

http://osloeconomics.no/wp-content/uploads/2012/12/Rapport-2012_5-Analyse-av-markedet-for-drift-og-vedlikehold-av-veg.pdf

[sitert fra Oslo Economics nettsider 14.2.2014]

Skavang

Egil, Anette Søby Bakker, *Arkitektbedriftenes bemerkninger til utkast til veiledning om prosjektsamarbeid* (2012)

<http://www.konkurransetilsynet.no/PageFiles/87834/Med%20merknader/Arkitektbedriftene%20i%20Norge.pdf>

[sitert fra Konkurransetilsynets hjemmesider 13.3.2014]